

В-64.

1918 - 3380.

IV

В. Н. Ширяевъ.

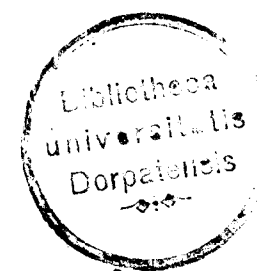
Взяточничество и лиходеительство

въ связи съ общимъ ученіемъ
о должностныхъ преступленіяхъ.

Уголовно-юридическое изслѣдованіе.

Въведеніе

Ярославль.
1916.

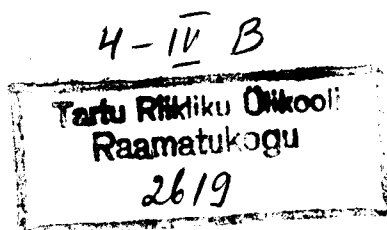


Предисловіе.

Задуманная нѣсколько лѣтъ тому назадъ эта книга выходитъ въ свѣтъ въ годину великой европейской войны, когда все вниманіе общества поглощено военными заботами, вопросами снабженія арміи и организациі тыла. И несмотря на это, тема нашей работы не только не утратила своей жизненности, но оказалась, къ сожалѣнію, и злободневной.

Уже во время печатанія книги, въ порядкѣ чрезвычайнаго законодательства, были изданы два закона, имѣющіе непосредственное отношеніе къ нашей работѣ. Это законъ 31 января 1916 г. о наказуемости лиходательства, объ усиленіи въ нѣкоторыхъ случаяхъ наказаній за мздоимство и лихоимство и т. д. и законъ 13 мая 1916 г. объ уголовной отвѣтственности служащихъ въ общественныхъ организаціяхъ, вызванныхъ потребностями военного времени. Оба закона идутъ по пути расширенія уголовной репрессіи, устанавливая новые виды преступныхъ дѣяній и распространяя уголовную отвѣтственность на новыя категоріи лицъ. Поскольку угроза наказаніемъ имѣетъ значеніе въ дѣлѣ борьбы съ преступностью,—а криминалистъ безъ опасенія упрека въ непослѣдовательности едва-ли можетъ отрицать такое значеніе,—оба эти закона представляются своевременными. Принять во вниманіе мы имѣли возможность только первый изъ указанныхъ законодательныхъ актовъ, но мысль, положенная въ основаніе закона 13 мая 1916 г.,

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея В. Щегловъ.



Типографія Губернскаго Правленія.

VI.

соотвѣтствуетъ точкѣ зрѣнія на субъекта должностного преступленія, защищаемой въ текстѣ книги.

Ученію о должностныхъ преступленіяхъ русская уголовно-правовая литература до сихъ поръ удѣляла немного вниманія. Наша книга имѣетъ въ виду восполнить, хотя бы отчасти, этотъ пробѣлъ.

Нѣкоторыя главы книги, уже появлялись въ печати ¹⁾; въ составъ книги онѣ вошли въ существенно переработанномъ видѣ.

В. Ширяевъ.

25 іюня 1916 г.
г. Ярославль.

¹⁾ Такъ было напечатано: „О наказуемости лиходеательства“—въ Жур. угол. права и процесса, 1912 г. кн. 3; „Понятіе должностного преступленія“—въ Юрид. Вѣстникъ, 1913 г. кн. III; „Юридическая природа должностныхъ преступленій“—въ Жур. Мин. Юстиціи, 1914 г. кн. III; „Субъектъ должностныхъ преступленій“—въ Юридич. Запискахъ, 1913 г. кн. IV; „Къ исторіи возникновенія понятій взяточничества, лиходеательства и вымогательства“ („Crimen regetundarum“ и „crimen barattariae“) — въ Юрид. Запискахъ, 1914 г. кн. III и IV; „Участіе частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ“—въ Жур. Мин. Юстиціи, 1915 г. кн. III.

Оглавленіе.

Введеніе.	стр.
Значеніе должностныхъ преступленій среди другихъ преступныхъ дѣяній. Планъ работы .	1

Часть первая.

Общее ученіе о должностныхъ преступленіяхъ.

Глава I. Юридическая природа должностныхъ преступленій	13
Глава II. Должностныя преступленія въ русскомъ правѣ.	
I. Должностныя преступленія въ законодательныхъ памятникахъ Московскаго государства	71
II. Должностныя преступленія въ указномъ законодательствѣ до изданія Свода законовъ .	91
III. Должностныя преступленія въ Сводѣ законовъ	112
IV. Должностныя преступленія въ уложеніи о наказаніяхъ	119
V. Должностныя преступленія въ уголовномъ уложеніи 1903 г.	138
Глава III. Понятіе должностного преступленія .	161
Глава IV. Субъектъ должностныхъ преступленій. Участіе частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ	182

Часть вторая.

Взяточничество и лиходеательство.

Глава I. Римское право	257
Глава II. Каноническое право	287

IV.

Глава III. Германское право.	
I. Древне-германское право	294
II. Обще-нѣмецкое право	300
III. Уголовные кодексы XVIII в.	329
IV. Партикулярное германское законодательство	340
V. Дѣйствующее германское право	350
VI. Германскій и австрійскій проекты	360
Глава IV. Французское право.	
I. Французское законодательство до изданія Code pénal 1810 г.	368
II. Дѣйствующее французское законодательство	363
III. Бельгійское законодательство	387
Глава V. Итальянское право	390
Глава VI. Англійское право	402
Глава VII. Обзоръ другихъ современныхъ законодательствъ	407
Глава VIII. Русское право.	
I. О лихонимствѣ по своду законовъ	425
II. О мздоимствѣ и лихонимствѣ по уложенію о наказаніяхъ	429
III. О взяточничествѣ и лихоимствѣ въ уголовномъ уложеніи 1903 г.	459
Глава IX. Анализъ состава взяточничества и лихоимательства.	
§ 1. Общее понятіе взяточничества и лихоимства и ихъ взаимоотношеніе	487
§ 2. Виновникъ взяточничества	518
§ 3. Объектъ взяточничества	521
§ 4. Внѣшняя сторона взяточничества	529
§ 5. Внутренняя сторона взяточничества	542
§ 6. Соучастіе при взяточничествѣ	545
§ 7. Наказуемость взяточничества	548
§ 8. Лихоимательство, составъ его: виновникъ, объектъ, внѣшняя и внутренняя сторона дѣянія, его наказуемость	556
Заключеніе	564

Введеніе.

Преступныя дѣянія должностныхъ лицъ занимаютъ особое исключительное положеніе среди другихъ группъ преступныхъ дѣяній. Если каждое преступное дѣяніе, какъ бы ничтожно оно ни было, заключаетъ въ себѣ извѣстный элементъ общественной опасности, то сугубую опасность для общества представляетъ должностное преступленіе. Если массовое проявленіе общей преступности способно вызвать и породить общественную тревогу, то развитіе и умноженіе должностныхъ преступленій можетъ быть разсматриваемо, какъ общественное бѣдствіе.

Причину этого слѣдуетъ искать въ особой юридической природѣ должностныхъ преступленій и въ томъ влияніи, какое они оказываютъ на психологію общества.

Особое положеніе, занимаемое должностнымъ лицомъ, открываетъ ему возможность нарушать такіе интересы, посягать на такіа блага, которыя недоступны для воздѣйствія частнаго лица, а преступное воздѣйствіе на прочіе интересы доступно должностному лицу въ большей мѣрѣ, чѣмъ лицу частному, такъ какъ особое положеніе открываетъ должностному лицу возможность воздѣйствовать такимъ способомъ, который закрытъ для частныхъ лицъ.

Должностныя преступленія—это преступленія противъ порядка управленія и въ тоже время—преступленія въ сферѣ внутренняго управленія т. е. въ такой области, гдѣ виновные—носители власти находятся ко всему остальному обществу въ отношеніи властвованія, а общество по отношенію къ нимъ въ положеніи подчиненности.

Такое положеніе даетъ не только широкую возможность учиненія правонарушеній, но и обезпечиваетъ легкую возможность укрыться отъ преслѣдованія: неизбежность наказанія, какъ одинъ изъ важнѣйшихъ принциповъ уголовной политики, не находитъ здѣсь должнаго осуществленія.

Такимъ образомъ, объективная опасность, порождаемая должностными преступленіями, выше опасности, создаваемой общими преступленіями. Большой объективной опасности должностныхъ преступленій соотвѣтствуетъ и болѣе высокая субъективная виновность лицъ, учиняющихъ преступленія этого рода.

Должностное лицо—лицо, облеченное особыми полномочіями власти, вслѣдствіе оказываемаго ему со стороны государства и общества довѣрія; оно обладаетъ особыми правами и пользуется особо привилегированнымъ положеніемъ. Но вмѣсто того, чтобы использовать преимущества своего положенія въ цѣляхъ общаго блага, должностное лицо, учиняя преступное дѣяніе, употребляетъ во зло предоставленныя ему полномочія. Въ виду этого и съ субъективной стороны виновникъ должностнаго преступленія требуетъ болѣе энергичнаго воздѣйствія.

Наконецъ, каждое должностное преступленіе находитъ своеобразное отраженіе въ общественномъ правосознаніи. Разрушительное дѣйствіе его, помимо непосредственныхъ результатовъ въ сферѣ интересовъ государственныхъ, общественныхъ и частныхъ, болѣзненно сказывается на чувствѣ законности народныхъ массъ: подрывая уваженіе къ представителямъ власти и не только къ тѣмъ, которые совершили преступленіе, но и къ тѣмъ, которые допустили его совершеніе или не проявили достаточной энергіи въ преслѣдованіи виновнаго, должностное преступленіе, умаляя довѣріе къ нимъ и къ

ихъ дѣятельности, способно поколебать уваженіе къ самому закону, вѣру въ его силу и ненарушимость.

Таково уголовно-политическое значеніе должностныхъ преступленій вообще. Среди нихъ самое видное мѣсто должно быть отведено взяточничеству. Вслѣдствіе своей всеобщности и важности оно можетъ быть отнесено къ категоріи «естественныхъ» преступленій, въ смыслѣ Гарофало.

Какъ только появились носители власти, облеченные особыми полномочіями, такъ одновременно съ этимъ появилось и взяточничество. Въ большей или меньшей степени это дѣяніе было присуще всѣмъ временамъ и народамъ, приобретаая временами характеръ «бытового явленія». О губительныхъ послѣдствіяхъ продажности должностныхъ лицъ для государственной и общественной жизни говорили еще въ древнемъ Римѣ и повторяли неоднократно въ эпохи болѣе позднія. «Caput est in omni procuratione negotii et muneris publici, ut avaritiae tollatur etiam minima suspicio» писалъ Цицеронъ ¹⁾. «По истинѣ изъ всѣхъ преступленій по должности ни одно не заслуживаетъ такого вниманія законодателя,—писалъ Фейербахъ ²⁾, какого заслуживаетъ преступленіе подкупа. Оно само является источникомъ многихъ другихъ преступленій; это такая болѣзнь государства, которая, если разовьется, разрушаетъ самыя благороднѣйшія формы государственной жизни и даже само государство. Если вообще гражданская доброкачественность требуетъ возвышенія духа надъ мелкимъ и низкимъ себялюбіемъ, то требованіе это усугубляется по отношенію къ тѣмъ, кто съ принятіемъ должности наложилъ на себя обязанность жить только для государства и его святыхъ цѣлей.

¹⁾ Cicero, de officiis, lib. II, cap. 21.

²⁾ Feuerbach, Ueber die Bestechung der Staatsbeamten.

Чтобы государство процветало, нужно, чтобы его служители были проникнуты любовью къ нему, чтобы они глубоко чтити законъ и общественный порядокъ, высоко ставили достоинство должности и отличались бы самоотверженнымъ усердіемъ въ выполненіи своихъ обязанностей и призванія. вмѣстѣ съ должностью на руки чиновника отдается часть общественнаго блага; онъ долженъ его вѣрно хранить, честно управлять и дѣлать за него взыскивать... Какъ скоро жадность и алчность, а вмѣстѣ съ ними и подлость вообще становятся господствующими между чиновниками, то само государство поражается въ самомъ жизненномъ принципѣ, оно какъ бы отравляется въ самой крови своей и въ неизлѣчимомъ страданіи идетъ по пути къ гибели. Въ развращенной черезъ подкупъ системѣ управленія невозможно процветаніе истинно добраго, такъ какъ изъ неблагороднаго и подлаго не можетъ выйти ни благороднаго, ни великаго. Гдѣ обязанности службы продажны, тамъ и самое святое низводится на степень орудія подлости. Подкупаемый цѣнитъ довѣренную ему святыню не по внутреннему ея достоинству, а по тому, что она ему приноситъ, не по добру, которое она производитъ, а по мѣрѣ выгоды, которую онъ ожидаетъ отъ злоупотребленія довѣренною ему властью. Поэтому, гдѣ господствуетъ подкупъ, тамъ по его слѣдамъ идутъ и другія преступленія и вообще все то, что дѣлаетъ правленіе ненавистнымъ для націи и подвергаетъ его проклятію потомства»¹⁾).

¹⁾ Рус. переводъ указ. ст. Фейербаха, Жур. гр. и уг. права, 1884, июль, стр. 67—68. На значительную социальную опасность продажности должностныхъ лицъ указываетъ Carrara: „in faccia ad un magistrato che ecceda per odio o vendetta contro un suo nemico, avranno poca ragione di temere tutti quei cittadini che sanno di non avergli dato cagioni di antipatia o che sperano di non eccitarne la malevolenza: ma in faccia ad un magistrato che venda i suoi favori a chiunque lo paga non avvi cittadino che possa essere sicuro di ottenere giustizia, e che non debba temere un soprasso quando egli

Широкое распространеніе взяточничества вынуждало законодателя удѣлять ему наибольшее вниманіе. Изъ всѣхъ другихъ должностныхъ преступленій оно привлекало и наибольшее вниманіе изслѣдователей. Печальная дѣйствительность заставляла законодателя чаще вспоминать объ этомъ преступленіи; сложная юридическая природа дѣянія возбуждала научный интересъ изслѣдователей-теоретиковъ. Это одно изъ немногихъ должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ этого слова и специальное его изученіе можетъ служить дополненіемъ къ общему ученію о должностныхъ преступленіяхъ, а установленіе взаимоотношенія между этимъ специальнымъ дѣяніемъ и дѣяніемъ общимъ—лиходательствомъ можетъ способствовать лучшему выясненію самой природы должностныхъ преступленій.

Вотъ соображенія, положенныя въ основаніе выбора темы и установленія ея границъ.

Изъ сказаннаго вытекаетъ и дальнѣйшій планъ работы.

Она распадается на двѣ части; въ первой части изложены основные вопросы общаго ученія о должностныхъ преступленіяхъ: доктрина должностныхъ преступленій, постановка должностныхъ преступленій въ русскомъ законодательствѣ и судебной практикѣ, выясненіе понятія должностного преступленія и его отличія отъ дисциплинарной провинности, вопросъ о субъектѣ должностного преступленія и объ участіи въ должностномъ преступленіи частныхъ лицъ. Таковы тѣ главные вопросы на которыхъ, по нашему мнѣнію, слѣдовало остановиться при изученіи должностныхъ преступленій вообще. Вторая часть посвящена специальному изслѣдо-

venga a contesa con un avversario facoltoso e di non delicata coscienza".—Programma, part. spec. V, § 2543.

ванію взяточничества и лиходеательства. Догматическому анализу составовъ этихъ двухъ дѣяній мы сочли необходимымъ предпослать историческій обзоръ законодательства о взяточничествѣ и лиходеательствѣ, имѣющій въ виду намѣтить постепенное установленіе границъ наказуемаго взяточничества и лиходеательства и возникновеніе современныхъ конструкцій этихъ дѣяній.

Признаніе извѣстнаго дѣянія наказуемымъ и установленіе самыхъ границъ наказуемости соотвѣтственно съ нравственными и соціальными требованіями, вытекающими изъ даннаго состоянія культуры, конечно, еще далеко не разрѣшаетъ задачи борьбы съ этимъ преступнымъ дѣяніемъ. Карательныя мѣры—только одно изъ средствъ борьбы съ преступностью, и отнюдь не самое главное. Центръ тяжести, несомнѣнно, долженъ лежать въ мѣрахъ предупредительныхъ, направленныхъ на устраненіе причинъ, порождающихъ преступность. Эта истина, вѣрная относительно преступности вообще, примѣнима и ко взяточничеству. Нельзя думать, какъ предполагалъ иногда законодатель, что только одна ненасытная алчность порождаетъ это зло. Наболѣе простое объясненіе не всегда бываетъ и наболѣе правильнымъ. Не въ личномъ корыстолюбіи или не только въ немъ лежитъ корень зла. Самая жажда наживы и корыстолюбіе имѣютъ свои причины и основанія. Часть ихъ указывалъ еще Фейербахъ въ своей работѣ о подкупѣ: «Чиновникъ не долженъ и не можетъ жить для себя и своихъ близкихъ, какъ остальные граждане; онъ живетъ единственно для цѣлаго, которому онъ принадлежитъ непосредственно всѣмъ своимъ существомъ, всѣми своими силами и всею своей дѣятельностью, и потому онъ въ правѣ ожидать, что государство доставитъ ему и его семейству все то, о чемъ онъ не въ состояніи заботиться ради службы государству. Если чиновникъ долженъ жить подъ гне-

томъ домашнихъ работъ, направленныхъ на изысканіе способовъ приличнаго существованія и со страхомъ за судьбу своихъ близкихъ, тогда его служба будетъ службой раба, который исполняетъ ее не съ любовью и одушевленіемъ, а съ отвращеніемъ, какъ тяжелое и непріятное ремесло, къ которому прикованъ голодный рабъ, и исполнять которое онъ долженъ изъ подъ страха кнута высшаго раба. Но къ равнодушію къ священной цѣли государственной службы присоединяются сверхъ того и низкія намѣренія, подлая угодливость, готовность быть утилизованнымъ каждымъ, кого слѣдуетъ бояться или отъ кого можно чего либо ожидать, собачья покорность, своекорыстіе и грязное корыстолюбіе, обманъ, вѣроломство, взяточничество и вымогательство».

Не менѣе глубоко взглянулъ на данный вопросъ Липранди, составившій по порученію начальства въ 1856 г. интересную записку о взяткахъ, взяточникахъ и доносчикахъ ¹⁾.

Близко знакомый съ бытомъ и нравами нашего служилаго класса Липранди въ своей запискѣ пытался выяснить причины, способствующія возникновенію взяточничества и благопріятствующія его развитію. Онъ писалъ: «тамъ, гдѣ чиновникъ обезпеченъ, хотя и скуднымъ, но достаточнымъ для пропитанія себя содержаніемъ, а главное, когда онъ убѣжденъ, что, исполняя добросовѣстно свою обязанность, онъ охраняетъ отъ гибельнаго для всѣхъ государствъ самоуправства, а если и подпадетъ подъ оное, то у него есть путь къ предъявленію своей правоты, тогда въ такомъ государствѣ само собою разумѣется число взяточниковъ не столь велико: ибо на помянутыхъ основаніяхъ каждый дорожитъ своимъ мѣ-

¹⁾ См. Чтенія въ Императорскомъ обществѣ исторіи и древностей россійскихъ при Московскомъ университетѣ, 1870 г. кн. III.

стомъ, которое обезпечиваетъ посредствомъ закона его будущность, закона котораго, безъ добросовѣстнаго изслѣдованія, никто не въ правѣ нарушить... Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ каждый занимающій мѣсто огражденъ отъ своеволия начальниковъ, претиву беззаконія которыхъ, несмотря ни на какое лицо, онъ находитъ справедливость, въ такихъ государствахъ и число взяточниковъ не столь велико» ¹⁾).

Съ точки зрѣнія Фейербаха и Липранди недостаточность матеріальнаго обезпеченія и отсутствіе надлежащей устойчивости въ положеніи служащаго—таковы тѣ главныя причины, которыя толкаютъ его на путь взяточничества. Историческій обзоръ русскаго законодательства показываетъ, что къ этимъ двумъ причинамъ слѣдуетъ прибавить еще третью, не менѣе важную,—это господствовавшій въ теченіе вѣковъ въ сознаніи служащаго класса взглядъ на службу, какъ на источникъ дохода. Древняя система кормленія, несомнѣнно, наложила неизгладимую печать на нравы служилыхъ людей; слѣды ея ясно распознаются еще въ теченіе всего XVIII вѣка.

Если дѣйствительно таковы причины продажности служащаго класса, подтачивающей государственный организмъ, то нетрудно указать и средства борьбы съ ней.

Дайте служащему приличное матеріальное обезпеченіе, поставьте его въ положеніе болѣе устойчивое и самостоятельное, достойное носителя государственной власти и блюстителя государственныхъ интересовъ, откройте его дѣятельность для широкаго общественнаго контроля, отъ котораго не укроется ничто тайное, и тогда не опасно будетъ ни для государства, ни для общества то «мерзкое лакомство, прелестное только для однѣхъ подлыхъ и ненасытныхъ, сребролюбіемъ помра-

¹⁾ Ук. соч. стр. 66—67; 68.

ченныхъ душъ», которое такъ смущало и беспокоило законодателя. вмѣстѣ съ этимъ будетъ вырвана почва и изъ подъ другого дѣянія, тѣсно связаннаго со взяточничествомъ,—лиходательства. Дѣяніе это имѣетъ производный характеръ; не оно создаетъ взяточничество, а само порождается взяточничествомъ; предложеніе въ данномъ случаѣ идетъ на встрѣчу спросу. Поэтому уничтоженіе условій, благопріятствующихъ взяточничеству, будетъ способствовать и уничтоженію лиходательства. Воспитанный въ уваженіи къ закону, проникнутый сознаніемъ долга, честный и неподкупный служилый классъ явится твердымъ оплотомъ противъ происковъ лиходателей, ищущихъ обходныхъ путей для достиженія своихъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.

Такимъ образомъ, въ надлежащей постановкѣ условій государственной службы, въ укрѣпленіи начала законности въ области внутренняго управленія, наконецъ въ развитіи чувства законности и вѣрности долгу въ самомъ населеніи слѣдуетъ искать средствъ для борьбы съ преступностью должностныхъ лицъ и въ частности со взяточничествомъ. Ближайшая разработка всѣхъ этихъ мѣръ, составляя непосредственную задачу государственной политики, выходитъ изъ круга вѣдѣнія криминалиста. Его задачу въ данномъ случаѣ составляетъ обоснованіе и установленіе предѣловъ наказуемости посягательства на правовыя блага, требующія, въ силу своей соціальной цѣнности, особо усиленной охраны. Предѣлами указанной задачи опредѣляются и границы всего послѣдующаго изложенія.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Общее учение о должностных
преступленіяхъ.

ГЛАВА I.

Юридическая природа должностных преступлений.

I.

Замѣчаніе Россгирта, что должностныя преступленія не имѣютъ своей исторіи, ни исторіи законодательства, ни исторіи доктрины ¹⁾, не можетъ быть принято безъ извѣстныхъ оговорокъ. Болѣе правильно замѣчаніе Биндинга, что должностныя преступленія такъ же стары, какъ и само должностное лицо или вообще носитель должностной власти (Amtsträger); его властное положеніе въ государствѣ открывало ему болѣе чѣмъ кому-либо возможность преступныхъ посягательствъ; въ этомъ отношеніи съ нимъ едва-ли могъ кто-либо конкурировать. Но, несмотря на такую старость должностныхъ преступленій, догматическая разработка ихъ дѣйствительно недавняго происхожденія ²⁾.

Перелистывая труды первыхъ писателей юристовъ, мы тщетно будемъ искать на ихъ пожелтѣвшихъ отъ времени листахъ какихъ либо общихъ ученій, началъ и основъ конструкціи должностныхъ преступленій. Правда, такихъ общихъ ученій вообще немного у названныхъ писателей, ограничивавшихся въ большинствѣ случаевъ разъясненіемъ отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ права рим-

¹⁾ Rosshirt—Geschichte und System d. deut. Strafrechts, III, стр. 188: „dieses Kapitel (v. d. sog. Dienstvergehen) in der That keine eigene Geschichte haben kann, weder Rechts, noch Literaturgeschichte“.

²⁾ Binding—Das Amtsverbrechen u. seine legislatorische Behandlung. Gerichtssaal, 1904 г. т. LXIV, стр. 3.

скаго и каноническаго и собираніемъ по каждому вопросу возможно большаго количества цитатъ возможно крупныхъ авторитетовъ и такимъ путемъ стремившихся объяснить «communis opinio doctorum». Въ другое время и въ другомъ мѣстѣ мы старались показать, что въ доктринахъ XVI и XVII в.в. заложены корни многихъ современныхъ конструкций и понятій¹⁾. Но по отношенію къ интересующему насъ въ данный моментъ вопросу, вопросу о должностныхъ преступленіяхъ, слѣдуетъ замѣтить, что въ доктринахъ этой эпохи еще не выработалось общаго понятія о должностныхъ преступленіяхъ, какъ объ особой группѣ деликтовъ, отдѣляемой отъ другихъ категорій преступныхъ дѣяній какими либо болѣе или менѣе опредѣленными признаками. Писателямъ указанной эпохи извѣстны отдѣльные виды злоупотребленій должностныхъ лицъ, какъ, напр., *crimen repetundarum*, *concussio*, *crimen residui* и нѣкоторыя другія, перешедшія изъ источниковъ римскаго и каноническаго права, но они не только не стремились ихъ объединить, но, напротивъ, подводя подъ болѣе общія, но при этомъ совершенно различныя группы преступныхъ дѣяній, разрывали и то внѣшнее единство, которое заключается въ особомъ свойствѣ виновниковъ данныхъ преступленій, и такимъ путемъ лишь затѣняли истинную природу этихъ дѣяній. Такъ, напр., Карпцовъ, рассматривая *crimen falsi* и установивъ, что оно можетъ быть учинено: «vel in persona, vel verbis, vel scriptis, vel abusu»²⁾, подводитъ подъ это понятіе рядъ преступныхъ дѣяній, которыя могутъ быть признаны должностными преступленіями. Виновными въ *crimen falsi*, по мнѣнію Карпцова, являются «falsi procuratores

¹⁾ См. В. Н. Ширяевъ—Религіозныя преступленія. Историко-догматическіе очерки. 1909 г.

²⁾ *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Pars II, quaestio XCIII—de crimine falsi.

seu praevaricatores, qui dolo malo, prodita causa clientum suorum, sive civilis, sive capitalis fuerit, diversam partem adiuvant»¹⁾; равнымъ образомъ видъ того же преступленія представляетъ случай, «quando iudex ex malitia vel munere corruptus, dolose et ex proposito false indicat et injustam fert sententiam»²⁾. Отвѣтственнымъ при такихъ условіяхъ будетъ не только судья въ собственномъ смыслѣ (*iudices, pro tribunali sedentes*), но также и другія лица, принимающія участіе въ отправленіи правосудія (*scabini, juris periti*)³⁾.

Въ должностномъ вымогательствѣ Карпцовъ усматриваетъ видъ разбоя⁴⁾.

По слѣдамъ Карпцова идетъ Бемеръ въ своихъ «*Meditationes in Const. crim. Carolinam*», замѣчая, что «*praevaricatio procuratoris*» рассматривается какъ «*crimen falsi*», и распространяя это понятіе подъ именемъ «*praeava-*

¹⁾ В. Карпцовъ, ук. соч. п. 48.

²⁾ Тамъ же, п. 42.

³⁾ Тамъ же, п. 56: «Quod non modo de iudicibus, pro tribunali sedentibus, sed et Ictis, Scabinis, aliisque peritis, de iure respondentibus, intellectum velim, ut nimirum hi malitia, odio, aut amore pecuniae, scienter et dolose falso respondentes, de falsi crimine convicti, poena falsi plecti debeant. Quod licet raro accidere quis existimare posset, ob sanctum illud iuramentum praestitum, quod iustitiae obstringuntur, res ipsa tamen loquitur, affectus et amore auri saepius hodie doctorum atque peritorum oculos et aures excaecare et obfuscare, ut scienter a via veritatis deflectant, et causas justorum subvertant, contra prohibitionem Dei severissimam».

⁴⁾ Тамъ же, qu. XC, н.п. 66, 67. Въ противоположность такому смѣшенію понятій Ant. Mattheus проводитъ болѣе или менѣе точное разграниченіе между вымогательствомъ съ одной стороны и другими видами имущественныхъ посягательствъ—съ другой: «Raptor est, qui vi rem eiusve possessionem domino aufert, concussor, qui non tamem aufert, quam terrore injecto efficit, ut sibi pecunia vel res aliqua a domino volente detur... A latrocinio vero facilius separatur concussio: latro enim quasi latero dictus est, quod obsideat latera viarum, atque ex insidiis spoliет, aut ingulet. Concussor autem esse potest etsi neque vias obsideat, neque ingulet, neque spoliет. Evidentior etiam inter concussorem atque sycophantam differentia est: ille terrorem inject, hic calliditate atque fallacia utitur». См. *Commentarius ad lib. XLVIII, c. XLVII Dig. de criminibus, tit. VII, de concussione, cap. I, n. 1.*

ricatio inpropria» на всѣхъ тѣхъ, «qui quomodocunque sive dolo, sive segnitia insigni ab officio publico deflectunt»¹⁾; «crimen de residuis», въ глазахъ Бемера представляется «a furto non diversum»²⁾.

Такимъ образомъ, попытокъ выясненія общаго характера и юридической природы должностныхъ преступлений незамѣтно, или онѣ носятъ случайный отрывочный характеръ и касаются не столько должностныхъ преступлений, сколько преступлений должностныхъ лицъ, учиненныхъ ими при отправленіи своихъ обязанностей.

Къ такимъ случайнымъ замѣчаніямъ слѣдуетъ отнести разсужденія А. Tiraquellus'a о вліяніи должностнаго положенія лица на его отвѣтственность. Онъ указываетъ съ одной стороны, основанія, по которымъ вина должностнаго лица заслуживаетъ иногда болѣе снисходительнаго отношенія, какъ, напр., «quando delinquens modo excessit, ratione principii liciti, nam bono zelo motus videtur, non suadente Diabolo», «nam officii necessitas eum excusat», «quod... praesumitur id ex bona et laudabili mente fecisse» и т. д.³⁾.

Съ другой стороны, онъ отмѣчаетъ случаи, гдѣ положеніе должностнаго лица представляется обстоятельствомъ отягчающимъ; такъ, должностное лицо, осужденное за преступное дѣяніе, учиненное «in officio», не имѣетъ права обжалованія («appellare non potest») (п. 3); «decurio», освобожденный вообще отъ примѣненія пытки, можетъ быть ей подвергнутъ, «si deliquerit in officio» (п. 4); должностное лицо устраняется отъ должности, какъ скоро къ нему предъявлено обвиненіе «de crimine

commisso in officio» (п. 5); должностныя высшаго ранга лица не могутъ быть вызываемы въ судъ, пока они несутъ свои обязанности («durante officio»), за исключеніемъ случаевъ учиненія ими должностныхъ преступлений («propter tamen ex delicto in officio commissio conveniri, ipso durante officio», п. 6); при обвиненіи въ должностномъ преступленіи «sufficit iuramentum partis cum semiplena probatione», что, обыкновенно, считается недостаточнымъ при обвиненіи въ другихъ преступленіяхъ (п. 7); осужденный за преступленіе по должности теряетъ право на занятіе этой должности, даже «ex rescripto principis» (п. 8). Общій свой выводъ по вопросу объ учиненіи должностными лицами преступныхъ дѣяній Tiraquellus формулируетъ такъ: «ut in dubiis quis ratione officii excusetur a dolo et calumnia: in apertis vero, id est, ubi delictum apertum est et certum, tantum abest ut excusetur, ut etiam gravius puniatur, per ea quae proxime sunt delicta»¹⁾.

Такой же недостаточный и случайный характеръ имѣютъ замѣчанія Prosper'a Farinacius'a о лишеніи должности въ качествѣ наказанія, въ случаѣ учиненія преступленія при отправленіи служебныхъ обязанностей: «facias generalem conclusionem, quod delinquens in officio dignitate seu munere, in quo quis existit, privatur illo officio, munere vel dignitate, in quibus deliquit... Et non solum delinquens in officio privatur officio, sed etiam salario officii, eius bona illi officio confiscantur». «Delinquere in officio», по мнѣнію Farinacius'a, обозначаетъ: «ubicunque quis favore, calore, auctoritate, praetextu, vel contemplatione officii delinquit»²⁾.

¹⁾ См. тамъ же, п.п. 3—9. Въ подтвержденіе своего вывода Tiraquellus ссылается на авторитетъ Baldus'a: „Ideo Bal. dicit, quod necessitas officii excusat à praesumpta calumnia, sed non ab expressa... quod officium non excusat maleficium: sed tamen inducit praesumptionem, quod non sit maleficium, nisi evidenter apparet“.

²⁾ Prosp. Farinacius—Praxis et theoriae criminalis libri duo in

¹⁾ Medit. Art. CXV, § V.

²⁾ Cp. Zucker,—Skizze zu einer Monographie von Amtsverbrechen, стр. 18—19.

³⁾ См. Andr. Tiraquelli—De poenis legum ac consuetudinum, statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, t. VII, causa LVIII, п.п. 1, 2.

II.

Иной характер имѣетъ разработка вопроса о должностныхъ преступленіяхъ у Авг. Лейзера; я не сказалъ бы, что эта разработка была сдѣлана имъ «in umfassender langathmiger Weise», какъ опредѣляетъ ее Цукеръ, такъ какъ въ своихъ «Meditationes ad Pandectas», говоря о «ficta» и «vera delicta», авторъ имѣетъ въ виду не столько должностныя преступленія въ обычномъ смыслѣ этого слова и выясненіе ихъ природы, сколько вообще поведеніе должностныхъ лицъ (ministri) въ отношеніи къ личности монарха, къ государству, къ подданнымъ¹⁾.

Высказавъ положеніе, что «ministri principis magni quidem et venerandi, sed tamen homines sunt», онъ далѣе замѣчаетъ: «aliquando ministro principis pro crimine objicitur, quod crimen non est» (п. 4). Иногда бываетъ, что «principes saepe, propter existimationem vel utilitatem suam, ea, quae ministri iussu vel consensu ipsorum gesserint, improbant et puniunt» (п. 12), или что «princeps aliquando ministrum punit, qui ipsi pro muneris sui ratione verum dicit» (п. 14).

Бываетъ и такъ, что преданность монарху представляется оскорбительной его преемнику, и должностное лицо за свою преданность подвергается отвѣтственности: «ministri erga principem suum fidem aliquando heredem eius offendit, et ab illo succedente punitur» (п. 16)²⁾.

quinque titulos distributi, lib. I, tit. III, quaest. XIX, de mutliplici poenarum distinctione, genere et materiae, f. n. 43. 44.

¹⁾ „Wir haben es so mit bei Leyser, справедлива замѣчаетъ A. Zuckerkor, — nicht so sehr mit den Amtsverbrechen, als mit der Besprechung eines Abschnittes der Staatsencyklopaedie zu thun“. См. ук. соч. 13.

²⁾ Въ этомъ же родѣ и другія положенія Leyser'a, какъ напр., „detrectatio obsequii in iussis principum legi divinae contrariis justa est“ (п. 6); „minister, iniustum principis sui factum defendere et excusare, recte recusat“ (п. 7); „ministro non recte imputatur negotium damnosum, ex consilio totius

Такимъ образомъ, если въ Spec. DLXX дѣло идетъ, главнымъ образомъ, о такихъ дѣяніяхъ, которыя съ внѣшней стороны могутъ бросить тѣнь на должностное лицо, а по существу не заключаютъ въ себѣ ничего преступнаго, то въ Spec. DLXXI—de veris delictis ministrorum principis отмѣчается такое поведеніе должностныхъ лицъ, которое можетъ быть названо преступнымъ или вообще недозволеннымъ. Слѣдуетъ обратить вниманіе, что, хотя Лейзеръ говоритъ о деликтахъ, но въ дальнѣйшемъ употребляетъ терминъ не только «crimen», а пользуется для опредѣленія характера дѣятельности также словами: «preccat», «non debet». Къ «preccata» Лейзеръ относитъ слѣдующіе случаи: полученіе должности, если и не за деньги, то во всякомъ случаѣ безчестнымъ путемъ (п. 5), употребленіе запрещенныхъ средствъ при исполненіи своихъ обязанностей и распоряженій начальства (п. 18), исполненіе, подъ давленіемъ угрозы, незаконныхъ распоряженій главы государства (п. 21), приобрѣтеніе въ ущербъ государству добычи и имущества главы государства (п. 33), пользованіе общественными деньгами, хотя бы и съ намѣреніемъ и возможностью ихъ возвратить (п. 39), хвастовство своими добродѣтелями и заслугами (п. 41), возбужденіе массъ и поддержка врага (п. 42), вовлеченіе

senatus gestum“ (п. 27); „infelicem consilii, licet ancipitis et audacis, eventum consiliario imputari non oportet“ (п. 28); „minister, qui negotiorum mole obrutus quid negligit, aut ministrorum suorum peccata non satis cavet, excusatur“ (п. 30); „ministro imputari non debet, quod damnum ex negotio suscepto oblique in principem redundans non praeviderit“ (п. 31); „casum improvisum, qui licitis ministri recreationibus intervenit, ei imputari non oportet“ (п. 32); „excusatur minister, qui in commendatione personarum ad munera publica admoventiarum non satis circumspexit“ (п. 33); „non peccat minister, qui incertitas suas de malis reipublicae imminetibus suspiciones, vel levia seditionum et conjurationum indicia ad se delata, non patefacit“ (п. 38); „minister ab iis, quos extra muneris sui rationem intercessione vel opera iuvat, dona impune accipit aut stipulatur“ (п. 39); „minister, qui munera ab extero principe, cum quo negotium gessit, oblata accepit, non peccat“ (п. 40).

главы государства въ разгуль (п. 43), удержаніе главы государства отъ управленія дѣлами (п. 44), подчиненіе себѣ другихъ должностныхъ лицъ (п. 46), возвышеніе своихъ дѣтей и родственниковъ (п. 47), устраненіе другихъ должностныхъ лицъ съ цѣлью завладѣнія дѣлами (п. 48), пренебреженіе мнѣніемъ и совѣтами своихъ товарищей (п. 49), полученіе отличій отъ главы иностраннаго государства (п. 51), надменное и несправедливое обхожденіе съ согражданами (п. 52), удаленіе главы государства отъ братьевъ и родныхъ (п. 55), поддержаніе непріязненнаго отношенія главы государства къ его женѣ (п. 56), развращеніе главы государства сводничествомъ (п. 57), совѣтъ отчудить государственное имущество безъ необходимости (п. 58), продажа государственныхъ имуществъ ниже настоящей цѣны (п. 59), убѣжденіе отступить отъ точнаго исполненія присяги (п. 61), неотклоненіе отъ гибельнаго рѣшенія (п. 63), совѣтъ лишить провинціальныя собранія правъ и власти (п. 64), приверженность къ будущему преемнику престола (п. 65), воспрепятствованіе главѣ государства узнать объ общественныхъ бѣдствіяхъ и познакомиться съ истиннымъ положеніемъ дѣлъ (п. 66), предпочтеніе распоряженіямъ главы государства или своему долгу распоряженій начальства или кого либо изъ родныхъ главы государства (п. 68), пользованіе своей властью для сведенія счетовъ съ врагами, преслѣдованіе ненавистныхъ людей, возбужденіе къ нимъ подозрѣнія главы государства и т. д. (п. 70), неудачное выполненіе довѣренныхъ государемъ порученій съ цѣлью повредить противникамъ и соперникамъ (п. 71), излишнее благволеніе къ женѣ и семьѣ (п. 75).

Далѣе идетъ перечень дѣланій, отъ учиненія коихъ должностное лицо должно воздерживаться: принятіе подарковъ за выполненіе или невыполненіе своихъ обязан-

ностей (п. 29), двойное взиманіе налоговъ (п. 31), пріобрѣтеніе имущества главы государства съ помощью подставныхъ лицъ (п. 34), принятіе на себя долговъ главы государства (п. 35), требованіе излишнихъ пошлинъ (п. 36), сложеніе съ себя служебныхъ обязанностей при легкомъ заболѣваніи (п. 54), сообщеніе своимъ роднымъ и домашнимъ тайнъ главы государства (п. 73), доставленіе убѣжища своимъ друзьямъ, учинившимъ преступленіе (п. 74), сложеніе съ себя обязанностей безъ законной причины (п. 76), удержаніе за собою своей должности вопреки волѣ главы государства (п. 77). Наконецъ, въ качествѣ «сгimina» Лейзеръ указываетъ слѣдующіе случаи: неопытность (п. 8), излишняя добродѣтель, равно какъ и справедливость (п. 10), излишняя снисходительность и мягкость (п. 11), излишняя смѣлость (п. 12), излишняя религіозность и благочестіе (п. 13), излишнее великодушіе (п. 14), излишнее тщеславіе и щедрость (п. 15), излишняя бережливость (п. 16), присутствіе при учиненіи главою государства преступнаго дѣянія или исполненіе его несправедливыхъ распоряженій (п. 20), слѣпое слѣдованіе распоряженіямъ главы государства (п. 23), свободное толкованіе распоряженій главы государства (п. 23), крайняя непочтительность въ отношеніи къ главѣ государства (п. 24), свободное сужденіе о недостаткахъ главы государства (п. 25), продажа публичныхъ должностей (п. 38), пользованіе равными съ главою государства почестями (п. 45), несвоевременное пользованіе удовольствіями (п. 53), неразумный и неопытный совѣтъ (п. 60), дружба съ недругами государя и съ людьми подозрительными (п. 72).

Но, относя одни случаи къ «рессата», другіе къ «сгimina», Лейзеръ не проводитъ между ними строгой грани: одни «рессата» не наказуемы, а представляются только дѣланіями недозволенными, въ другихъ случаяхъ,

напротивъ, они влекутъ за собою наказанія и именуются также и «crimina». Въ самомъ дѣлѣ, указавъ, что «minister principis peccat, qui munus suum et si non data pecunia, sed tamen aliis improbis artibus obtinuit», Лейзеръ далѣе поясняетъ: «improbæ artes, quibus honores et munera obtinentur, impunitæ quidem plerumque, sed tamen illicitæ sunt» (п. 5 и 6), или «minister, qui metu adactus injusta principis iussa exequitur, peccat, sed non punitur» (п. 21). Съ другой стороны: «tutissimum tunc est, mandati verba non interpretari, sed sequi. Et qui aliter facit, minister peccat, atque, si res infeliciorum exitum habet, punietur» (п. 23), или «liberius de vitiis principis erga alios iudicium crimen est; magis etiam peccant hi ministri, qui postquam ex diuturna consuetudine et familiaritate animum principis et vitia, sine quibus nemo nascitur, perspexerunt, aliis ea iudicant et abjecte de domino loquuntur» (п. 25); «timiditas in ministro principis vitium est, ac poenam meretur» (п. 26); «munera minister accipere non debet, ut officium suum faciat vel non faciat... In primis minister quidquam capere aut stipulari nequit, ut officium suum faciat aut non faciat. Hoc ipso enim in crimen repet. incidit, L. 6 § 2 de L. Julia repetundarum. Peccant igitur ministri.... Non minus est delictum eorum...» (п. 29); «peccat minister, qui liberos suos et propinquos ad immunitas dignitates evehit. Proximum huic crimen est eorum, qui liberis suis et propinquis fere solis munera officia committunt, totamque quasi aulam et provinciam sua familia inundant» (п. 47); «peccat et is, qui munus deponere a principe iussus, administrationem tamen retinet. Refertur hoc inter crimina maiestatis in L. 3 ad L. Juliam maiestatis (п. 77) ¹⁾.

¹⁾ Мелочныя нарушения служащихъ влекутъ за собою роене экстраординарныя, которыя, по замѣчанію А. А. Жижиленко, соответствуютъ теперешнимъ дисциплинарнымъ взысканіямъ въ отношеніи служащихъ, хотя

Такимъ образомъ, Лейзеръ впервые выдѣлилъ въ особую группу преступныя дѣянія должностныхъ лицъ (del. ministrorum), и этотъ приемъ систематики былъ усвоенъ послѣдующими писателями. Такъ, Мейстеръ въ своихъ «Principia juris criminalis Germaniæ communis» говоритъ «de propriis officialium delictis generatim; ему же приписывается получившее въ дальнѣйшемъ широкое распространѣніе дѣленіе преступныхъ дѣяній на общія и особенныя (del. communia et propria) ¹⁾.

Должностныя лица могутъ учинить общія преступныя дѣянія и въ такомъ случаѣ, кромѣ общаго наказанія, они должны быть подвергнуты «ex naturali ratione» еще «remotio ab officio»; кромѣ того, служебное положеніе виновнаго должно быть принимаемо судьей во вниманіе то какъ обстоятельство, усиливающее отвѣтственность, то какъ основаніе для избранія иной карательной мѣры ²⁾.

Лейзеру это послѣднее наименованіе неизвѣстно. Онъ говоритъ: „sunt nempe aliqua poenarum genera, quæ in aliis personis non facile locum inveniunt, sed a principe ex prudentiæ regali contra ministros sæpe adhibentur“, и указываетъ разныя виды этикъ наказаній: „levissimum poenæ genus videtur, quando princeps vultu, gestibus, oversando, tergo dando, mutatione pristinae familiaritatis, offensam animi significat“ (стр. 923), „ministri aliquando nudis verbis castigantur, eius animadversionis quattuor sunt genera: admonitio, reprehensio, objuratio et comminatio (стр. 925), „hortatio, ut minister sponte se munere suo abdicat conservato honore“ (стр. 926) и т. д. См. Жижиленко, Наказаніе, стр. 584.

¹⁾ Дѣленіе это пошло на Dig. 49, 16 l. 2 de re militari: „Militum delicta sive admissa aut propria sunt, aut cum caeteris communia, unde et persecutio aut propria, aut communis est; proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit“. — „Spätere Schriftsteller, weit mehr aber noch die Legislation auf dieser „Entdeckung“ Meisters ihre ganze Lehre von den Amtsverbrechen aufbauen“, — замѣчаетъ А. Zucker, ук. соч. стр. 40. Я пользовался уже 7-мъ изд. книги Meister'a, вышедшимъ 1828 г., и потому не могъ установить за Meister'омъ этого первенства классификаціи, такъ какъ работы Engau и Koch'a, содержащія то же дѣленіе, вышли: Elements juris, 5-е изд. въ 1760 г., а Institutiones, ed. nova, въ 1791 г.

²⁾ Meister, ук. соч. P. II, lib. II, стр. 1, § 841: „ubi iudicis arbitrio locus datur, qualitas personæ munere publico fungentis, aliquando causa aggra-

Должностные преступления въ собственномъ смыслѣ (del. official. propria) Мейстеръ дѣлитъ на «nominata» (crim. residui, repetund.) и «innominata», подразумѣвая подъ послѣдними случаи превышенія, нарушенія и злоупотребленія своими должностными обязанностями (excessus, itemque violationes et abusus officii)¹⁾. По мнѣнію Мейстера, должностные преступления въ собственномъ смыслѣ отличаются «a factis tantum illicitis et a peccatis»²⁾, у Лейзера, какъ это было выше указано, подобнаго различія не проводилось.

По слѣдамъ Лейзера и Мейстера пошли Энгау и Кохъ; первый ставитъ два вопроса: «Ministri principum quando delinquant?» (§ DXLI) и «quando delinquere videantur?» (§ DXLII)³⁾.

Отвѣтомъ на первый вопросъ является изложеніе нѣкоторыхъ п.п. изъ Spec. DLXXI Лейзера de veris delictis, какъ-то: содѣйствіе монарху «in deum aut superiorem peccanti» (п. 20), разглашеніе тайны монарха друзьямъ и домашнимъ, торговля общественными должностями вопреки запрету монарха (DLXXI, п. 38) и т. д. Содержаніе отвѣта на второй вопросъ Энгау черпаетъ изъ

vans poenam alius delicti, aliquando causa honestioris generis poenae haberi possit».

¹⁾ Появленіе этой группы «innominata delicta» Henke (Handbuch d. Criminalrechts, III, стр. 481—482) объясняетъ недостаткомъ положительнаго законодательства, который доктрина старается восполнить съ помощью довольно сомнительной аналогіи, распространяя на эти непредусмотрѣнные закономъ дѣянія постановленія уголовного законодательства. Основателемъ этого ученія объ «innominata delicta», если не считать Nic. Myler ab Ehrenbach съ его «Hyparchologia seu de officialibus magistratibus et administris liber singularis (1678 г. cap. XVII, § VII, п. 22), по мнѣнію Henke, долженъ быть признанъ A. v. Leyser. Ср. также Labes—Die Disciplinargewalt des Staates über seine Beamten, München, 1889 г.

²⁾ Meister, ук. соч. § 342: „ut tamen dolosa violatio obligationis sub iurisiurandi fide susceptae, per se in poenam vocari possit“.

³⁾ Engau—Elementa juris criminalis germanico-carolini, lib. I, tit. L.—Koch—Institutiones juris criminalis, lib. II, cap. LIV.

Spec. DLXX—de fictis delictis Лейзера. Кохъ исходитъ изъ представленія объ обязанностяхъ, лежащихъ на должностныхъ лицахъ, общихъ и специальныхъ, соответственно которымъ и «delicta ministroꝝ» дѣлятся на «communia» и «propria». Первые подчиняются общимъ условіямъ ответственности и наказуемости («ordinariis poenis subjacent, nec diverso ab aliis jure utuntur»); должностные же преступления въ собственномъ смыслѣ (del. propria) дѣлятся на «nominata» и «innominata»; къ первымъ относятся такія дѣянія, какъ «crimen repetundarum», «residui», «ambitus»; ко вторымъ, т. е. къ «innominata», Кохъ относитъ тѣ, о которыхъ говорилъ Лейзеръ¹⁾.

Въ качествѣ карательныхъ мѣръ оба автора упоминаютъ: «imminutio aut privatio salarii, honoris, muneris; exilium, carcer, mors»; размѣръ ответственности опредѣляется «pro qualitate damni principi et reipublicae dati et prout dolo aut culpa»²⁾.

Такимъ образомъ, вмѣсто прежняго подведенія отдѣльных должностныхъ преступленій подъ различныя понятія общихъ преступленій, въ сочиненіяхъ указанныхъ авторовъ вырабатывается представленіе о должностныхъ преступленіяхъ, какъ объ особой группѣ деликтовъ, отличающейся отъ другихъ своимъ субъектомъ, его особымъ должностнымъ положеніемъ. Дальнѣйшаго выясненія природы этихъ деликтовъ пока еще не имѣется или оно намѣчается въ самыхъ общихъ чертахъ. Такъ указанные выше авторы усваиваютъ дѣленіе должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ на «nominata» съ болѣе или менѣе выработанными и опредѣленными составами (эти деликты извѣстны еще изъ римскаго права) и «delicta innominata», подъ которыя подходятъ самыя разно-

¹⁾ „Late egregieque pertractavit Aug. de Beyer veraque a fictis secretis“. См. Koch, Instit. § 630.

²⁾ Koch, ук. соч. § 632; Engau, ук. соч. lib. I, tit. L, § DXLI.

образные проступки должностных лиц, имѣющие въ значительной своей части характеръ современныхъ дисциплинарныхъ провинностей ¹⁾).

Выдѣливъ должностныя преступленія въ отдѣльную группу преступныхъ дѣяній на основаніи особыхъ свойствъ учиняющихъ эти дѣянія лицъ, доктрина обратилась къ выясненію другихъ общихъ признаковъ, объединяющихъ эти разнородныя по внѣшнему виду дѣянія. «Законодательство, замѣчаетъ Вэхтеръ, указываетъ лишь отдѣльные случаи нарушенія служебнаго долга, караемые въ качествѣ преступныхъ, и поэтому возникаетъ вопросъ, не слѣдуетъ ли ихъ обобщить или разсматривать каждый въ отдѣльности?» Большинство высказывается въ пользу перваго рѣшенія, въ подтвержденіе чего Вэхтеръ ссылается на рядъ писателей, какъ-то: Клейнъ, Гролльманъ, Зальховъ, Россгиртъ ²⁾. Дѣйствительно, въ общихъ курсахъ назван-

¹⁾ „Delicta innominata“ признаютъ также Klein—Grundsätze d. peinlichen Rechts, § 529. Grolmann—Grundsätze, § 360; Salchow—Lehrbuch § 528; къ защитникамъ понятія „delicta innominata“, кромѣ указанныхъ лицъ, слѣдуетъ отнести также Р. Кресса—(Dissert. de jure officiorum et officialium, 1732, стр. 5), который „delicta, quae propius officia (officialium) tangunt et contra formulas officiorum committuntur“, дѣлитъ на „excessus“ (франц. malversations) и „delicta nominata“ (франц. „forfaitures“); первыя онъ опредѣляетъ, какъ „violatio formulae praescriptae“, и различаетъ въ нихъ злоупотребленіе должностнымъ лицомъ своимъ положеніемъ („si officialis abutitur officio“) и пренебреженіе своими обязанностями („si plane non utitur“); къ „delicta nominata“ Крессъ относитъ concussio, superexactio, crim. repet. и residui, а также нарушеніе служебной тайны (с. 5, § 15). См. Labes, стр. 6.

Строго различаетъ „delicta nominata“ и „innominata“ также v. Kreittmaier (Anmerkungen ad Codic. Maximilianum bavaricum civilem, V. 24. Vom Beamtenrecht, § 13), но къ первымъ онъ относитъ лишь crim. repet. и crim. residui; concussio онъ относитъ къ общимъ преступленіямъ, superexactio—къ delicta innominata, подъ которыми понимаетъ все, что учиняется вопреки инструкціи или свойству должности (per abusum vel non usum officii—vulgo Amtsexcess или Malversationses).

По мнѣнію Labes'a, указанные „delicta innominata“ соответствуютъ современному понятію дисциплинарныхъ провинностей (ук. соч. стр. 7).

²⁾ C. G. Wächter—Lehrbuch d. römisch. deutschen Strafrechts II T. Bes. 7 Theil., 1-e Abth. 9 Kap.—Verletzung d. Amtspflichten, § 218.

ныхъ авторовъ и другихъ, въ особенной части, мы начинаемъ встрѣчать отдѣлы, говорящіе «Von den besondern Verbrechen» или «Von den Verbrechen der Diener des Staats», представляющіе нѣкоторую попытку обобщеній отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній не только по особымъ свойствамъ субъекта, но и на основаніи юридической природы дѣяній.

Подъ такими особыми преступленіями Зальховъ понимаетъ дѣянія, которыя могутъ быть учинены только извѣстными лицами, находящимися въ особыхъ отношеніяхъ къ государству ¹⁾; по мнѣнію Дабелова, всякое умышленное, равно какъ и неосторожное нарушеніе служебнаго долга является преступленіемъ, при этомъ умышленное нарушеніе служебнаго долга карается исключеніемъ изъ службы (Cassation) и кромѣ того, въ зависимости отъ обстоятельствъ дѣла, каторгой, тюрьмой и крѣпостью; неосторожное нарушеніе служебнаго долга, напротивъ, можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ выговоръ, денежный штрафъ и удаленіе отъ должности (Suspension), и только при безиллодности этихъ мѣръ взысканія возможенъ переходъ къ исключенію со службы (Cassation) ²⁾. Крамеръ опредѣляетъ должность (Staatsamt), какъ частицу управленія, довѣренную какому-либо лицу ³⁾; въ отношеніи къ этой должности возможны, по мнѣнію Крамера, преступленія двоякаго рода: приобрѣтеніе должности неправомѣрнымъ путемъ и противоправное наказуемое отправление службы ⁴⁾.

¹⁾ Salchow—Lehrbuch d. gem. in Deutschland gültigen peinlichen Rechts mit besonderer Rücksicht auf das preus. Recht, 3 Ausgabe, 1823 г. Halle, § 526.

²⁾ Dabelow—Lehrbuch d. deut. gem. peinl. Rechts, Halle, 1807 г. § 277.

³⁾ H. F. Kramer—Versuch einer systematischen Darstellung d. peinl. Rechts in besond. Rücksicht auf die Schleswig-Holsteinische peinl. Gesetzgebung 1798 г. § 95.

⁴⁾ См. тамъ же. Справ. также Klein—Grundsätze d. gemein. deutsch.

«Учение о преступлениях государственных должностных лиц,—замѣчаетъ Россгиртъ,—не входитъ въ систему уголовного права: поскольку должностное лицо учиняетъ какое либо дѣйствительное преступленіе, его дѣяніе подходитъ подъ общія родовыя понятія, а въ чемъ онъ погрѣшаетъ сверхъ того, это составляетъ нарушение особаго долга службы, подвѣдомственнаго особому производству»¹⁾. Такъ называемые служебные проступки («sogenannten Dienstvergehen») Россгиртъ объединяетъ въ одной книгѣ и противопоставляетъ ихъ прочимъ видамъ преступныхъ дѣяній.

Слѣдующимъ шагомъ въ выясненіи природы должностныхъ преступленій можетъ быть признано подведеніе этой группы дѣяній подъ одну изъ установленныхъ болѣе широкихъ категорій преступныхъ дѣяній; должностныя преступленія стали разсматриваться, какъ преступныя дѣянія, направленные противъ государства. Такъ смотрѣлъ на должностныя преступленія цѣлый рядъ писателей. Къ этой именно категоріи относитъ должностныя преступленія К. Гроллманъ²⁾. Клейншродъ дѣлилъ всѣ преступленія съ точки зрѣнія нарушаемаго ими объекта на двѣ группы: 1) преступныя дѣянія, посягающія на имущество людей и ихъ естественныя права, и 2) преступныя дѣянія, нарушающія ихъ общественный порядокъ (die oeffentliche Ordnung); къ первой категоріи онъ относитъ дѣянія,

und preus. peinl. Recht, Halle, 1796 r. § 527, 1:—„Die Verbrechen der Staatsbeamten können entweder bei der Erlangung des Amts selbst, oder bei der Verwaltung desselben, oder in anderen Angelegenheiten verfallen“. Feuerbach—Lehrbuch d. peinl. Rechts, въ которомъ IV ч. озаглавлена „Von den Verbrechen besonderer Stände“, 1 Tit.—Von den Verbrechen der Beamten (Amtsmissbrauch, Veruntreuung и Verbrech. verletzten Richterpflicht) и 2 Tit.—Von Militärverbrechen.

¹⁾ Ross hirt—Geschichte u System, III, стр. 188.

²⁾ См. Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft, 4 Aufl. 1825 f. § 359: „Zu den besonderen Verbrechen gegen den Staatgehören vorzüglich die Verbrechen der Staatsbeamten“.

нарушающія или ставящія въ опасное положеніе естественныя права людей; въ эту же категорію входятъ, по его мнѣнію, и государственныя преступленія: «если, говоритъ онъ, государство поколеблено въ своихъ основахъ, если у него отняты права и средства къ обезпеченію безопасности отдѣльныхъ лицъ, то оно уже не можетъ доставить ту охрану, которая вытекаетъ изъ основного договора (о созданіи государства). Но, если падаетъ охрана и общественной безопасности, то вмѣстѣ съ тѣмъ падаетъ и уваженіе къ закону, и на мѣсто законнаго порядка водворяется право сильного; вслѣдствіе этого подвергаются опасности всѣ естественныя права всѣхъ согражданъ»¹⁾. Государство же подвергается посягательству между прочимъ и тогда, если причиняется вредъ его имущественнымъ интересамъ или учиняется похищеніе имущества²⁾, или если посягательству подвергаются государственная должность или связанное съ ней достоинство, такъ какъ безъ этихъ послѣднихъ государство не въ силахъ обезпечить охрану естественныхъ правъ и имущества гражданъ; такимъ образомъ, если посягательства направляются на «Aemte und Würden», то непосредственно страдаютъ отъ этого отдѣльныя лица. Къ дѣяніямъ этого рода Клейншродъ причисляетъ ambitus, simonia, stim. repet. и вообще всѣ проступки, учиняемые лицами, отправляющими какую либо общественную должность и нарушающими при этомъ свой долгъ³⁾. На

¹⁾ Kleinschrod—System. Entwicklung der Grundbegriffe u. Grundwahrheiten d. peinl. Rechts, § 133, стр. 257—258.

²⁾ См. ук. соч., стр. 269: „Denn auch diese (Güter) sind erstens Eigenthum des Staats, das ist, aller Staatsmitglieder zusammen genommen. Zweitens sind die Staatsgüter deswegen da, um zur Erfüllung des Staatszwecks oder zur Beschreitung derjenigen Ausgaben zu dienen, welche zu den oeffentlichen Anstalten nöthig sind“.

³⁾ См. тамъ же, стр. 259—260 критическія замѣчанія относительно этой классификаціи см. у А. Zucker'a, ук. соч. стр. 16—17.

этой же точкѣ зрѣнія отнесенія должностныхъ преступленій къ государственнымъ стоятъ Генке, Марецолль и Кэстлинъ ¹⁾).

Генке довольно подробно останавливается на общемъ ученіи о должностныхъ преступленіяхъ или, какъ онъ выражается, на нарушеніи должностныхъ обязанностей (*Von der Verletzung der Amtspflichten*) и усматриваетъ двѣ категоріи ихъ: къ первой изъ нихъ относятся тѣ преступныя дѣянія, которыя стоятъ въ ближайшей и непосредственной связи съ служебнымъ положеніемъ лица ²⁾). Одни изъ этихъ дѣяній имѣютъ опредѣленные элементы состава, коими рѣзко отличаются отъ другихъ дѣяній (*besonders benannten Amtsverbrechen*); другія, наоборотъ, не имѣютъ такихъ отчетливыхъ отличительныхъ признаковъ и могутъ быть опредѣлены вообще какъ нарушение служебнаго долга (*unbenannten Amtsverbrechen*). Уголовное законодательство предусматриваетъ только такіе случаи нарушения служебнаго долга, которые съ очевидностью вытекаютъ изъ самой природы и сущности государственной службы; но кромѣ нихъ возможны еще случаи нарушения служебнаго долга, вытекающіе и изъ особыхъ служебныхъ инструкцій, случаи, точно такъ же требующіе уголовной кары ³⁾). Такимъ образомъ, группа должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ складывается, по мнѣнію Генке, изъ трехъ составныхъ элементовъ: 1) дѣяній, специально предусмотрѣнныхъ, 2) такъ называемыхъ *delicta innominata* и 3) изъ случаевъ нарушения служебнаго долга, устанавливаемого специальными

¹⁾ Henke—Handbuch d. Criminalrechts und Criminalpolitik, 1830 г. § 190. Marezoll—Das gem. deut. Criminalrecht, Einleitung zum bes. Teil, § 58. Относительно Кэстлинъ см. Gessler—Abhandlungen aus d. Strafrecht v. Küstlin, Vorrede; Zucker, ук. соч. стр. 30.

²⁾ Стр. 485.

³⁾ Стр. 486.

инструкціями, т. е. такихъ нарушеній служебнаго долга, которыя позднѣе стали подводиться подъ понятіе дисциплинарныхъ повинностей.

Вторую категорію составляютъ дѣянія общаго характера, учиняемыя должностными лицами, послѣ чего послѣднія уже не могутъ нести государственную службу ¹⁾).

На ряду съ указанной квалификаціей должностныхъ преступленій, какъ посягательствъ, направленныхъ противъ государства, весьма распространеннымъ является взглядъ на должностныя преступленія, какъ на преступленія противъ порядка управленія. Защиту такого взгляда можно найти у Мартина. Онъ различаетъ преступленія государственныя и частныя; среди дѣяній первой категоріи онъ различаетъ государственныя преступленія въ собственномъ смыслѣ, направленные противъ самаго бытія государства (*Existenz*), и государственныя преступленія, которыя нарушаютъ осуществленіе государственной власти въ ея отдѣльныхъ отрасляхъ (т. н. *Regierungsverbrechen*); къ этой послѣдней категоріи Мартинъ относитъ и должностныя преступленія; сущность ихъ онъ усматриваетъ въ той опасности, какую представляетъ для государства нарушение долга со стороны состоящихъ на службѣ должностныхъ лицъ ²⁾); въ дальнѣйшемъ онъ дѣлитъ всѣ должностныя проступки на проступки должностныхъ лицъ въ собственномъ смыслѣ (*Amtsvergehungen der eigentlichen Staatsdiener*) и проступки лицъ, не являющихся должностными въ собственномъ смыслѣ (*Amtsvergehungen der uneigentlichen Staatsdiener*), какъ-то опекуновъ, адвокатовъ и т. д. Первая группа — должностные проступки

¹⁾ „Wer ein unsittliches Leben führt und darin unverbesserlich beharrt, compromittirt die Würde des Amtes, macht sich in vielen Fällen durch das von ihm gegebene schlechte Beispiel unfähig seine Amtsverrichtung mit Erfolg auszuüben und verdient daher die Entlassung“; см. тамъ же, стр. 487.

²⁾ Martin. Lehrbuch d. Deutschen gemein. Criminal-Rechts. Zweite Ausg. 1829 г. § 217.

собственно должностныхъ лицъ—дѣлится въ свою очередь на два разряда: 1) проступки, которые могутъ быть учинены должностными лицами всѣхъ категорій, какъ напр., взяточничество, вымогательство, и 2) проступки, которые могутъ быть учинены должностными лицами только опредѣленныхъ категорій, какъ напр., судьями, тюремными надзирателями, кассирами и т. д.

Сходный съ Мартиномъ взглядъ на природу должностныхъ преступлений защищаетъ Титтманъ¹⁾: общее понятие злоупотребленія властью предполагаетъ необходимо посягательство на исполнительную правящую власть государства (*vollziehende regierende Gewalt*); уголовно-правовой элементъ Титтманъ усматриваетъ въ нарушеніи принятой на себя вмѣстѣ съ должностнымъ положеніемъ обязанности; сообразно съ этими основными взглядами опредѣляется имъ и кругъ должностныхъ преступлений²⁾.

Абеггъ относитъ должностныя преступленія къ группѣ посягательствъ, направленныхъ противъ государственной власти и государственнаго управленія, и признаетъ ихъ также «*delicta propria*», вслѣдствіе особаго рода отношеній, связывающихъ должностныхъ лицъ съ государствомъ. «Для надлежащаго уразумѣнія природы должностныхъ преступлений, говоритъ Абеггъ, необходимо исходить изъ понятія общественной службы, какъ отношенія нравственнаго, а не только договорнаго»³⁾. Элементы состава

¹⁾ Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Halle 1823 г. II B., Besond. Teil, II Kap.

²⁾ Къ числу ихъ Титтманъ относитъ: а) die widerrechtliche Besetzung der öffentlichen Aemter. б) die Beugung des Rechts aus Parteilichkeit (crim. repet.). в) die Erpressung. д) die Verletzung der Amtsverschwiegenheit. Освобожденіе заключеннаго тюремнымъ служащимъ или судебнымъ органомъ Титтманъ относитъ къ посягательствамъ противъ судебной, а не исполнительной власти.

³⁾ Abegg—Lehrbuch d. Strafrechts-Wissenschaft, 1836 г. см. § 481. Его же—System der Criminal-Rechts-Wissenschaft, als Grundlage zur historisch-dogmatischen Verletzungen über das gem. u. preus. Criminal-Recht, 1826 г. § 477.

должностныхъ преступлений опредѣляются природой должности и устанавливаемыхъ особыми законами и инструкціями обязанностей, вслѣдствіе чего здѣсь область наказуемаго расширяется, она объемлетъ не только то, что входитъ въ понятіе такъ называемыхъ правонарушеній (*Rechtsverbrechen*), но захватываетъ также случаи нарушенія нормъ нравственности, правилъ добросовѣстности, равно какъ такія дѣянія, которыя подрываютъ довѣріе къ достоинству должностнаго лица. По отношенію къ должностнымъ преступленіямъ можетъ быть оправдана большая строгость, хотя и не всѣ они караются непременно въ уголовномъ порядкѣ, но нѣкоторыя въ порядкѣ дисциплинарномъ¹⁾.

Въ результатѣ разработки вопроса о должностныхъ преступленіяхъ указанныхъ авторовъ получилось представленіе, что должностныя преступленія являются не только особой группой дѣяній, выделяемой вслѣдствіе особаго положенія лицъ, ихъ учиняющихъ, но что эта особая группа входитъ въ общую систему преступныхъ дѣяній, являясь однимъ изъ видовъ посягательствъ противъ порядка управленія; вмѣстѣ съ этимъ указаніемъ мѣста должностныхъ преступлений въ общей системѣ посягательствъ выясняется нѣсколько сущность и природа тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя затрогиваются при должностныхъ преступленіяхъ; это особый долгъ службы, лежащій на должностномъ лицѣ, особая

¹⁾ Должностныя преступленія, по мнѣнію Abegg'a, дѣлятся на двѣ группы, доступныя для всѣхъ должностныхъ лицъ, какъ-то *ambitus* и *concussio*, и преступленія отдѣльныхъ должностныхъ лицъ (*Verbrechen der bei der Rechtspflege aufgestellten Beamten, der Cassenbeamten, der anderen Beamtenstände*). См. Lehrbuch, § 482; System § 477 прим. 181. Meyer-Altfeldt относитъ должностныя преступленія къ дѣяніямъ, направленнымъ противъ порядка управленія, хотя, замѣчаетъ онъ, нѣкоторыя изъ нихъ и содержатъ посягательства на личныя правовыя блага. См. Lehrbuch, изд. 7-е, 1912 г. стр. 688.

узы, соединяющія должностныхъ лицъ съ государствомъ и возлагающія на нихъ нѣкоторыя спеціальныя, только имъ однимъ присущія обязанности.

По признаку субъективному, особымъ свойствамъ возможныхъ виновниковъ, должностныя преступленія выдѣляются отъ остальныхъ преступленій общихъ; по признакамъ объективнаго характера, свойству нарушаемыхъ отношений, должностныя преступленія дѣлятся на должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ и должностныя преступленія общія, но учиняемыя должностными лицами; наконецъ, нѣкоторые проводятъ дѣленіе и дальше и устанавливаютъ среди должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ еще спеціальныя виды преступленій отдѣльныхъ категорій служащихъ: кассировъ, судебныхъ органовъ и т. д. ¹⁾.

III.

Перечисленные выше авторы, занятые, главнымъ образомъ, вопросами классификаціи и систематики отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, оставляли безъ вниманія цѣлый рядъ спеціальныхъ вопросовъ, связанныхъ съ ученіемъ о должностныхъ преступленіяхъ, какъ напр., вопросы о томъ, кто можетъ быть субъектомъ должностныхъ преступленій, что ближайшимъ образомъ является объектомъ посягательства при должностныхъ преступленіяхъ, гдѣ грань, отдѣляющая должностныя преступленія отъ дисциплинарныхъ провинностей. Всѣ эти вопросы не затрогивались вовсе или были затронуты крайне

¹⁾ При выработкѣ голландскаго уложенія не обращалось вниманія на объектъ посягательства, и на первый планъ выдвинуто было выдѣленіе на должностныя преступленія, какъ на преступленія особенныя (Sonderverbrechen); поэтому, напр., подкупъ исключенъ изъ категоріи должностныхъ преступленій и отнесенъ къ преступленіямъ противъ общественной власти. См. Wachinger, Vergl. Darst. B. T. IX, стр. 251.

бѣгло и поверхностно; болѣе старые изъ криминалистовъ имѣли дѣло по преимуществу съ матеріаломъ, почерпнутымъ изъ источниковъ римскаго и каноническаго права, мало пригоднымъ для измѣнившихся условій жизни. Они исчерпали эти источники болѣе или менѣе основательно, но они не были въ состояніи, отрѣшившись отъ указанныхъ матеріаловъ, дать разсматриваемой группѣ деликтовъ болѣе глубокое и теоретически правильное освѣщеніе. Эта задача была выполнена лишь въ новѣйшее время.

Болѣе глубокую и обстоятельную разработку вопроса о должностныхъ преступленіяхъ представляютъ труды Геффтера, Гельшнера, Мевеса, Оппенгейма, Биндинга и нѣкоторыхъ другихъ.

Свои взгляды на сущность и природу должностныхъ преступленій, на отличіе ихъ отъ дисциплинарныхъ провинностей Геффтеръ развилъ сначала въ обширной статьѣ: «Ueber Verbrechen und Disziplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener» ¹⁾, а затѣмъ въ болѣе сжатомъ видѣ изложилъ и въ своемъ «Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts» ²⁾. Онъ исходитъ изъ противоположенія должностныхъ преступленій общимъ преступнымъ дѣяніямъ и десятую книгу своего учебника озаглавилъ: «Besondere Verbrechen (delicta propria)»; такимъ образомъ, основаніемъ для разграниченія этихъ двухъ группъ дѣяній онъ считаетъ особые свойства должностнаго лица. За симъ преступленія должностныхъ лицъ, по его мнѣнію, не представляютъ изъ себя однородной массы, а въ свою очередь дѣлятся на нѣсколько категорій въ зависимости отъ характера нарушаемыхъ въ томъ или другомъ случаѣ интересовъ и отношений: такъ, должностныя лица

¹⁾ Neue Archiv d. Kriminalrechts, XIII, 1833 г.

²⁾ См. ук. соч. X. Buch Tit. I, § 539 и слѣд.

могутъ учинить преступныя дѣянія общаго характера, которыя ни въ какомъ отношеніи къ ихъ служебному положенію не стоятъ ¹⁾; по скольку въ законодательствѣ относительно ихъ нѣтъ никакихъ спеціальныхъ оговорокъ, на нихъ распространяется дѣйствіе общихъ правилъ. Этимъ общимъ преступнымъ дѣяніемъ должностныхъ лицъ Гефферъ противопоставлялъ преступленія по службѣ (*Verbrechen in Dienste*, франц. *forfaitures*), которыя стоятъ въ непосредственной связи съ должностными отношеніями преступника. Преступленія по службѣ могутъ быть двухъ родовъ, это: 1) общія преступленія по службѣ, т. е. такія преступленія общаго характера, для учиненія коихъ должностное положеніе (*Amtsverhältniss*) представляетъ непосредственный поводъ или случай, въ которыхъ на ряду съ общимъ правонарушеніемъ имѣетъ мѣсто и нарушеніе служебнаго долга ²⁾, и 2) собственно служебныя преступленія, состоящія исключительно въ нарушеніи опредѣленнаго служебнаго долга ³⁾; при этомъ, такъ какъ служебный долгъ зависитъ отъ характера службы, то могутъ быть собственно должностныя преступленія судебныхъ органовъ, кассировъ, военнослужащихъ, медицинскаго персонала, церковно-служителей. Но не всякое нарушеніе служебнаго долга составляетъ, по мнѣнію Геффера, непременно преступленіе, а только такое, которое путемъ обязательной уголовно-правовой нормы запрещено под страхомъ наказанія ⁴⁾. Всѣ другія служебныя провинности и нарушенія долга могутъ послужить основаніемъ для предъявленія гражданско - правовыхъ требованій или

¹⁾ „Gemeine Verbrechen, wobei die amtliche Stellung schlechterdings keine rechtliche oder factische unmittelbare Voraussetzung abgebe“ (N. Archiv, XIII, стр. 52) или „Gemeine Verbrechen schlechthin, die in keiner derartigen Beziehung zu dem Staatsdienst stehen“ (Lehrbuch, § 539, III).

²⁾ N. Archiv, XIII, стр. 52. Lehrbuch, § 539, II).

³⁾ См. тамъ же.

⁴⁾ N. Archiv, XIII, стр. 52.

оправдать примѣненіе принадлежащей государству надъ его должностными лицами дисциплинарной власти, и въ этомъ случаѣ они называются служебными провинностями, дисциплинарными проступками ¹⁾.

«Вполнѣ понятно, замѣчаетъ Гефферъ, что должностное лицо, помимо учиненія опредѣленныхъ, спеціально предусмотрѣнныхъ въ законѣ преступленій, можетъ быть виновно въ нарушеніи своихъ служебныхъ обязанностей, которыя устанавливаются или спеціальными инструкціями, или природою служебныхъ отношеній». Это нарушеніе служебныхъ обязанностей можетъ заключаться въ пренебреженіи общими обязанностями, лежащими на служиломъ сословіи, и въ особенности въ несоотвѣтственномъ достоинству должностнаго лица образѣ жизни или въ несоблюденіи спеціальныхъ служебныхъ обязанностей, вытекающихъ изъ инструкціи или природы особаго служебнаго отношенія, или въ нарушеніи границъ служебныхъ полномочій, или, наконецъ, въ выборѣ и пользованіи при отправленіи должности неподходящими, недопустимыми средствами, что уже издавна получило наименованіе «*excessus in modo officii*» ²⁾. Всѣ подобныя отклоненія отъ служебнаго долга (*Irregularitäten u. Excesse*) не входятъ, по мнѣнію Геффера, въ область уголовного права, они относятся къ области дисциплинарной власти государства. Гефферъ подробно останавливается на послѣдствіяхъ нарушенія служебнаго долга и въ особенности на происхожденіи и природѣ дисциплинарной власти и дисциплинарныхъ взысканій ³⁾.

¹⁾ Тамъ же: *Dienstvergehungen, Dienstexcesse, Disziplinarvergehungen.*

²⁾ N. Archiv, XIII, стр. 72.

³⁾ Дисциплинарная власть, по мнѣнію Геффера покоится „sowohl auf das Oberaufsichtsrecht des Staats, als auch auf die Rechte des anordnenden und vollziehenden Gewalt, einer Gewalt, welche theils die Dienstverwaltungen der Einzelnen inspiziert und kontrolliert, theils aber auch diejenigen Massregeln zu treffen hat, welche in Ansehung der Staatsdienste für das ge-

Такимъ образомъ, Гефферъ противопоставляетъ общимъ преступленіямъ *delicta propria*, преступленія долж-

meine Beste (für die Staatszwecke) nötig und gerecht sind“ (стр. 75). Въ другомъ мѣстѣ, по поводу дисциплинарной власти, Heffter замѣчаетъ: „Es ist dies eine Attribution, die aus der Herrendienstgewalt fließt, gleich wie das Züchtigungsrecht des Familienvaters aus der hausväterlichen Gewalt; es ist ein Privatrecht des Staats, dem sich der Diener bei Eingebung des Dienstverhältnisses stillschweigend unterwirft, kein allgemeines Recht des ganzen Staatsgemeinde, wie das Strafrecht“. Дисциплинарная власть, по Heffter'у, проявляется то въ видѣ низшей или только исправительной дисциплины (*niedere oder bloss korrektive Disziplin*), имѣющей въ виду путемъ соответственныхъ принудительныхъ средствъ (*admonitio, acrior reprehensio, штрафъ, краткосрочное заключеніе, временное устраненіе отъ службы*) остановить должностное лицо, то въ видѣ высшей или очищающей дисциплины (*höhere oder reinigende Disziplin*), которая имѣетъ въ виду поддержаніе въ чистотѣ государственной службы и удаленіе отъ нея неподходящихъ элементовъ (перемѣненіе съ высшей должности на низшую, *Degradation auf einen geringeren Posten*, отрѣшеніе отъ должности или исключеніе со службы—*völlige Amtsentsetzung mit Verlust des Ranges und d. Dienstehnkünfte*. Право примѣненія дисциплинарныхъ мѣръ предоставляется или непосредственно начальству провинившагося, или болѣе высокому административному органу, или, наконецъ, выходитъ изъ рамокъ компетенціи органовъ управления (стр. 75—75). Мѣры дисциплинарнаго воздѣйствія, хотя и называются дисциплинарными наказаніями—*„Disziplinarstrafen“*, не являются, по мнѣнію Heffter'a, наказаніями въ собственномъ смыслѣ этого слова; это „eine Art verwaltungsrechtlicher Busse“, между тѣмъ какъ наказаніемъ, въ пониманіи Heffter'a, является „ein solches Leiden was durch den Richter wegen anerkannten Verbrechen zur öffentlichen Genugthuung gegen den Schuldigen vollzogen wird“ (стр. 78). Мѣры же дисциплинарнаго воздѣйствія преслѣдуютъ, главнымъ образомъ, цѣли воспитательныя и исправительныя по отношенію къ должностнымъ лицамъ и въ крайнемъ случаѣ—цѣли освобожденія государства отъ лицъ, признаваемыхъ неисправимыми (стр. 78). Примѣненіе мѣръ исправительной дисциплины имѣетъ мѣсто при допущеніи должностными лицами какихъ либо неправильностей или излишествъ въ образѣ жизни, небрежности въ отправленіи службы, не вызывающей однако особо важнаго ущерба, при неповиновеніи начальству и т. п. (стр. 82). Болѣе суровыя дисциплинарныя мѣры должны быть примѣняемы въ тѣхъ случаяхъ, когда должностныя лица не выполняютъ тѣхъ условій, при которыхъ имъ была предоставлена извѣстная должность или они были приняты на государственную службу, какъ-то: когда лицо своимъ небрежнымъ отношеніемъ причиняетъ ущербъ или ставитъ въ опасное положеніе вѣренныя ему государственныя интересы или когда должностное лицо воплѣ сознательно, по какому либо соображенію, дѣйствуетъ вопреки опредѣленнымъ обязанностямъ, служебнымъ инструкціямъ, злоупотребляетъ своимъ положеніемъ или оставляетъ безъ исполненія соображенія высшаго начальства, или если лицо

ностныхъ лицъ; сущность этихъ послѣднихъ онъ усматриваетъ въ нарушеніи лежащаго на должностномъ лицѣ служебнаго долга. На ряду со случаями нарушенія служебнаго долга, влекущими за собою уголовныя кары, существуютъ нарушенія служебнаго долга, наказуемыя дисциплинарно, такъ называемыя дисциплинарныя провинности; разница между ними и должностными преступленіями только количественная, въ степени тяжести допущеннаго нарушенія служебнаго долга.

Отрицая принципиальное различіе между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, Гефферъ слѣдовалъ началамъ, усвоеннымъ *Allgem. Preuss. Landrecht*омъ, которое, какъ извѣстно, также не знало этого различія и предусматривало одновременно обѣ эти категоріи проступковъ должностныхъ лицъ¹⁾.

Точка зрѣнія Геффера, отрицающая принципиальное различіе между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, оставалась въ германской

вслѣдствіе своего образа жизни дѣлается физически или нравственно неспособнымъ къ отправленію возложенныхъ на него служебныхъ обязанностей, лишается необходимаго довѣрія со стороны начальства или подчиненныхъ, оказываетъ пагубное вліяніе на послѣднихъ, или если должностное лицо начинаетъ заниматься промысломъ или ведетъ такой образъ жизни, которые совершенно несоединимы съ природой и достоинствомъ службы, или, наконецъ, если должностное лицо допускаетъ и незначительныя отклоненія въ образѣ жизни, въ отношеніи къ службѣ, но эти отклоненія вслѣдствіе своей многократности свидѣтельствуютъ о его неисправимости и бесплодности примѣненія къ нему мѣръ исправительныхъ (стр. 83—84).

1) За незначительное нарушеніе служебнаго долга *Allg. Preuss. Landrecht* назначало замѣчаніе, выговоръ и небольшой денежный штрафъ (§ 385); кто нарушалъ свой служебный долгъ вслѣдствіе грубой неосторожности или невѣжества, тотъ подлежалъ соответственному денежному штрафу, перемѣненію съ высшей должности на низшую или исключенію со службы (*Cassation* § 384). Наконецъ, кто умышленно дѣйствовалъ вопреки своему служебному долгу, тотъ долженъ былъ быть исключенъ со службы и, кромѣ того, сообразно со свойствами проступка и причиненнаго вреда, подвергнутъ штрафу или наказанію лишеніемъ свободы (*Geld-, Gefängnis- oder Zuchthausstrafe*) и лишенію права на занятіе публичныхъ должностей (§ 388).

литературѣ долгое время господствующей. На этой же точкѣ зрѣнія стояло прусское уголовное уложение 1851 г. и стоит современное общегерманское уложение. Формальное разграниченіе должностныхъ преступленій отъ дисциплинарныхъ провинностей въ германскомъ правѣ сложилось подѣ влияніемъ французскаго права, которое первое положило внѣшнюю грань между уголовнымъ наказаніемъ и дисциплинарными взысканіями, не включивъ послѣднія въ *Cod. pénal*. Хотя между преступными дѣяніями, предусмотрѣнными этимъ кодексомъ, и встрѣчаются такія, которыя носятъ характеръ дисциплинарныхъ провинностей, тѣмъ не менѣе онѣ превращены въ уголовно-наказуемыя дѣянія въ виду того, что ими ставятся въ опасность интересы общежитія ¹⁾.

Прусское и обще-германское уголовныя уложенія предусматриваютъ только должностныя преступленія и въ противоположность *Allg. Preuss. Landrecht* не содержатъ постановленій о дисциплинарныхъ провинностяхъ, тѣмъ не менѣе оба эти кодекса, равно какъ и *Allgem. Preuss. Landrecht*, одинаково усматриваютъ сущность должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей въ нарушеніи служебнаго долга (*Amtspflicht*), и различіе между ними устанавливали чисто внѣшнимъ образомъ по различію наказаній ²⁾.

¹⁾ Wachinger, ук. соч. стр. 256. См. также Meves—Handb. Holtzendorff's, III/2, стр. 918—920.

²⁾ Мотивы къ *Preuss. St. G.* (1856 г.), замѣчаютъ, что „eine allgemeine Definition über den Begriff von Amtsverbrechen nicht aufzustellen gewesen sei, weil eine solche da, wo das Strafmass das allein Entscheidende ist, mit der für ein St. G. B. erforderlichen Bestimmtheit sich nicht geben lasse“... „Es einer ausdrücklichen Erklärung darüber, dass überhaupt alle Pflichtwidrigkeiten eines Beamten, welche nicht im St. G. B. als Amtsverbrechen (und Vergehen) aufgezählt sind, lediglich im Disziplinarwege geahndet werden können bedürfe“. Цит. по Temme, *Lehrbuch d. preuss. Strafrechts*, § 268, стр. 1073. Самъ Temme раздѣляетъ точку зрѣнія Heffter'a на должностныя преступленія и опредѣляетъ ихъ (*Beamtenverbrechen, Amtsverbrechen*), какъ нарушеніе

Взглядъ Геффера на природу должностныхъ преступленій усваиваетъ и Мевесъ ¹⁾. Онъ также дѣлитъ ихъ на двѣ категоріи: 1) преступленія должностныхъ лицъ (*uneigentliche Amtsdelichte* или, по терминологіи Геффера, *gemeine Verbrechen in Dienst*), имѣющія составъ общаго деликта, который квалифицируется въ силу должностнаго положенія виновника, такъ какъ при этомъ имѣетъ мѣсто нарушеніе служебнаго долга (*Amtspflicht*), и 2) должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ (*eigentliche Amtsdelichte*), которыя невозможны внѣ служебнаго положенія виновнаго и преступный характеръ которыхъ создается, слѣдовательно, именно нарушеніемъ служебнаго долга. Свои взгляды на природу должностныхъ преступленій Мевесъ развиваетъ слѣдующимъ образомъ: на должностныхъ лицахъ лежатъ обязанности двоякаго рода; однѣ изъ нихъ устанавливаются общегосударственными законами и являются общеобязательными для всѣхъ

обязанностей службы; онъ дѣлитъ ихъ на должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ (*eigentliche Amtsverbrechen*) и на дисциплинарныя провинности, а первыя, кромѣ того, на чистыя (*reine*) и смѣшанныя (*gemischte* die zwar an sich gemeine Verbrechen sind, durch die Verübung von Seite eines Beamten aber eine Besondere, zum Amtsverbrechen sie stempelnde Qualifikation bekommen); кромѣ того должностныя лица, состоя на службѣ, могутъ учинить и общія преступленія, которыя сохраняютъ свой общій характеръ, но, такъ какъ учиненіе ихъ на службѣ составляетъ въ то же время нарушеніе служебнаго долга, то они и влекутъ за собою для виновныхъ болѣе тяжкую отвѣтственность. Какъ въ этомъ случаѣ, такъ и въ случаѣ учиненія смѣшаннаго преступленія Temme усматриваетъ наличность идеальной совокупности (§ 7 Kap. Verbrechen der Beamten, § 236).

Также Bauer (*Lehrbuch d. Strafrechts*, 2-е Aufl. 1833 г.), по опредѣленію котораго „*Amts- oder Dienstverbrechen* sind alle mit Strafe bedrohte Verletzungen der einem öffentlichen Beamten in Hinsicht seines Dienstes obliegenden Pflichten“; отъ должностныхъ преступленій слѣдуетъ отличать „*Amtswidrigkeiten*, bei denen ein blosses Einschreiten der Disziplinargewalt des Amtsgesetzten stattfindet (*Dienstvergehungen, Disziplinarvergehen, Dienstexcesse*)“ § 370. Впрочемъ Bauer отмѣчаетъ необходимость лучшей научной разработки вопроса. См. также Berner, *Lehrbuch*, 17 изд. 1894 г. стр. 649.

¹⁾ Meves—Das Wesen der Amtsdelikte und ihre Eintheilung. *Gerichtssaal* т. XXXIX, 1887 г.

гражданъ, другія обязанности вытекаютъ изъ особаго положенія должностного лица по отношенію къ государственной власти¹⁾. Каждое должностное лицо, при вступленіи на службу, подчиняется двумъ правиламъ, содержаніе которыхъ можетъ быть выражено слѣдующимъ образомъ: «ты долженъ добросовѣстно выполнять всѣ обязанности, связанныя съ твоей должностью», и «своимъ поведеніемъ на службѣ и внѣ ея ты долженъ показать себя достойнымъ того почета и уваженія, которые связаны съ твоимъ должностнымъ положеніемъ»²⁾.

Обязанности, создаваемые этими заповѣдями, являются спеціальными обязанностями должностного лица, какъ особый лежащій на немъ «onus» и въ то же время какъ эквивалентъ за оказываемое ему со стороны государства довѣріе. Двоjakимъ по своей природѣ обязанностямъ, лежащимъ на должностныхъ лицахъ, должны бы въ сущности соотвѣтствовать и двоякія кары: за нарушение обще-гражданскихъ обязанностей—обще-уголовныя наказанія, за нарушения спеціальныхъ обязанностей—дисциплинарныя взысканія. Такимъ образомъ, отдѣлъ должностныхъ преступленій слѣдовало бы совершенно исключить изъ уголовного кодекса³⁾, и если онъ, несмотря на это, продолжаетъ занимать здѣсь мѣсто, то

¹⁾ Holtzendorff's Handbuch III/2, стр. 940.

²⁾ На этихъ заповѣдяхъ покоятся и дисциплинарные законы; срав. § 10 Reichsbeamten-gesetz v. 31 März 1873; § 1 d. preus. Disziplinargesetz für Richter, v. 7 Mai 1857; § 2 d. preus. Disziplinargesetzes für nicht richterliche Beamte v. 21 Juli 1852. Содержаніе этихъ заповѣдей въ другой своей работѣ о должностныхъ преступленіяхъ Мевесъ формулируетъ нѣсколько иначе; обязанности должностного лица здѣсь сводятся къ двумъ пунктамъ: „auf die besonders aufmerksame Erfüllung alles dessen, was den allgemeinen oder besonderen Inhalt seines Amtes ausmacht“, и „auf die Unterlassung alles dessen, was der Würde und dem Ansehen des Amtes in der öffentlichen Meinung der Staatsbürger oder seiner Amtsgenossen Eintrag thun könnte“ (v. Holtzendorff Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 1, стр. 686).

³⁾ Holtzendorff's Handbuch, III/2, стр. 940—941.

объясненіе этому слѣдуетъ искать въ юридической природѣ должностныхъ преступленій. Сущность должностныхъ преступленій Мевесъ усматриваетъ въ слѣдующемъ: всякій проступокъ, противорѣчащій одной изъ учазанныхъ выше заповѣдей, заключаетъ въ себѣ нарушение обязанностей, возлагаемыхъ на должностное лицо его должностью, является противорѣчащимъ нормамъ, регулирующимъ служебное и внѣслужебное положеніе должностного лица. Въдѣ законъ въ должностныхъ преступленіяхъ за-прещаетъ подѣ страхомъ наказанія такіа дѣянія должностного лица, которыа оно учиняетъ при исполненіи или по поводу исполненія своихъ служебныхъ обязанностей и при учиненіи которыхъ виновный выступаетъ именно въ качествѣ должностного лица, и такъ какъ точное исполненіе предписаній закона никогда не можетъ повести къ учиненію преступнаго дѣянія ни въ субъективномъ, ни въ объективномъ отношеніи, то поэтому не можетъ быть сомнѣнія, что должностное лицо, учиняя такіа дѣянія, которыа подходятъ подѣ понятіе должностныхъ преступленій, поступаетъ вопреки волѣ закона и что каждое изъ этихъ дѣяній можетъ быть разсматриваемо, какъ нарушение этой воли, а вмѣстѣ съ тѣмъ и лежащаго на должностномъ лицѣ служебнаго долга. Въ этомъ нарушении служебнаго долга и нужно, слѣдовательно, видѣть сущность должностныхъ преступленій. А отсюда, заключаетъ Мевесъ, вполне ясно и дѣленіе должностныхъ преступленій на двѣ категоріи въ зависимости отъ того, имѣетъ ли моментъ нарушения служебнаго долга только дополнительное значеніе при составѣ какого либо общаго дѣянія, напр. тѣлеснаго поврежденія, нарушения домашняго мира и т. п., или же, наоборотъ, этотъ моментъ самъ образуетъ законный составъ дѣянія¹⁾. Отнесеніе

¹⁾ См. ук. ст. Gerichtssaal, т. XXXIX, стр. 217—220.

къ области уголовныхъ правонарушенийъ случаевъ, гдѣ моментъ нарушенія служебнаго долга имѣетъ дополнительное значеніе, вполне ясно, но включеніе въ ту же область такихъ правонарушенийъ должностныхъ лицъ, гдѣ нарушение служебнаго долга всецѣло восполняетъ составъ наказуемаго дѣянія, требуетъ особаго поясненія. Самъ Мевесъ, какъ было выше сказано, находитъ, что эта послѣдняя категория должна бы быть совершенно исключена изъ уголовныхъ кодексовъ, но полагаетъ, что послѣдовательное проведеніе этого принципа было бы невозможно, такъ какъ нарушение особаго служебнаго долга (Amtspflicht) часто вытекаетъ изъ такихъ безчестныхъ, такихъ низменныхъ побужденій, часто бываетъ сопряжено со столь значительными послѣдствіями для общаго блага, для драгоцѣннѣйшихъ благъ и правъ третьихъ лицъ, что дисциплинарное взысканіе оказывается недостаточнымъ и общественное правосознаніе не найдетъ въ немъ должнаго удовлетворенія. Но гдѣ провести грань, отмежевывающую область дисциплинарныхъ провинностей отъ сферы уголовно-наказуемыхъ дѣяній, какія дѣянія включить въ уголовные кодексы, какіе въ дисциплинарные уставы,—вопросы эти, по мнѣнію Мевеса, могутъ быть рѣшены лишь съ точки зрѣнія общаго правосознанія: только общее правосознаніе въ состояніи указать тѣ правонарушения должностныхъ лицъ, которыя на ряду съ нарушеніемъ служебнаго долга (Amtspflicht) заключаютъ въ себѣ поврежденіе общаго правопорядка и потому не укладываются въ рамки дисциплинарныхъ провинностей. Отсюда слѣдуетъ, что право наложенія дисциплинарныхъ взысканій (das disciplinäre Strafrecht) можетъ быть разсматриваемо только какъ дополнение къ общему праву наказанія (ein Supplement des allgemeinen Strafrechts) и что въ дисциплинарную область можетъ быть

отнесено все то, на что не распространяется господство обще-уголовнаго права ¹⁾).

Такимъ образомъ, въ работахъ Мевеса, посвященныхъ вопросу о должностныхъ преступленіяхъ, мы находимъ дальнѣйшее развитіе и обоснованіе взгляда на должностныя преступленія, какъ на нарушение принятаго на себя должностнымъ лицомъ служебнаго долга, и вмѣстѣ съ тѣмъ отрицаніе принципиальнаго различія между должностными преступленіями съ одной стороны и дисциплинарными провинностями—съ другой. Но, сходясь въ этомъ отношеніи съ Гефферомъ и его послѣдователями, онъ стремится нѣсколько иначе установить грань между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями. Въ противоположность попыткамъ установленія этой грани на основаніи свойства воли дѣятеля ²⁾ или объективной тяжести дѣянія ³⁾, Мевесъ, имѣя въ виду какъ субъективную, такъ и объективную сторону дѣянія, отмѣчаетъ, что дисциплинарная провинность возвышается въ рангъ должностнаго преступленія, какъ скоро она сопряжена со значительными послѣдствіями для общаго блага и для драгоцѣннѣйшихъ правъ личности. Такимъ образомъ, уже у Мевеса проглядываетъ взглядъ, что составъ должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ заключаетъ въ себѣ не только нарушение служебнаго долга, но затрогиваетъ и какіе-то другіе интересы и блага, общественные и частныя ⁴⁾.

¹⁾ Holtzendorff's Handbuch, III/2, стр. 941.

²⁾ Всѣ умышленныя нарушенія должностными лицами лежащихъ на нихъ профессиональныхъ обязанностей (Berufspflichten) являются должностными преступленіями; всѣ неосторожныя—дисциплинарными провинностями. См. Мевесъ. v. Holtzendorff's Handbuch, III/2, стр. 941.

³⁾ На этомъ признакѣ покоилось какъ положительное право, такъ и доктрина, начиная съ Геффера.

⁴⁾ Определенно это послѣднее высказываетъ v. Liszt, который опредѣляетъ должностныя преступленія, какъ нарушение служебнаго долга, и основаніе ихъ наказуемости видитъ въ томъ, что на ряду съ нарушеніемъ

Изложенный взгляд на природу должностных преступлений нашелъ себѣ отраженіе во французской литературѣ и во французской судебной практикѣ. По мнѣнію Гарро, право уголовное и дисциплинарное (*législation pénal* и *législation disciplinaire*) въ отношеніи къ дѣяніямъ, учиненнымъ должностными лицами, при исполненіи ими своихъ обязанностей, примыкаютъ другъ къ другу и даже смѣшиваются. Всѣ нарушенія служебнаго долга (*devoir d'office ou de service*), учиняемые должностными лицами, могутъ быть объектомъ дисциплинарныхъ взысканій. Уголовное законодательство вмѣшивается въ эту область, когда эти нарушенія служебнаго долга имѣютъ тяжкій характеръ и заключаютъ въ себѣ вредъ частнымъ или публичнымъ интересамъ. Въ этомъ случаѣ одинъ и тотъ же актъ можетъ быть основаніемъ для преслѣдованія и наказанія двойкаго характера: уголовного и дисциплинарнаго, другъ отъ друга независимыхъ. Слѣдуетъ замѣтить, что нарушеніе долга службы можетъ сдѣлаться уголовнымъ дѣяніемъ, даже если должностное лицо поступало «*sans aucune pensée cupide et frauduleuse*». Уголовное законодательство караетъ часто дѣянія неосторожныя, еще болѣе имѣется основаній для наказуемости уголовной «*l'oubli volontaire, mais non frauduleux des devoirs professionnels*» со стороны должностныхъ лицъ. Демаркаціонная линія между дисциплинарной провинностью и уголовнымъ правонарушеніемъ не можетъ быть, по мнѣнію Гарро, установлена *à priori* и было бы ошибочно думать, что должностнымъ преступленіемъ во французскомъ положительномъ правѣ является непременно «*la*

служебнаго долга одновременно нарушается или ставится въ опасность другое правовое благо отдѣльнаго лица или общества. Но, противъ какихъ бы благъ должностныя преступленія прежде всего ни направлялись, въ конечномъ счетѣ они угрожаютъ ходу государственнаго управленія. См. *Lehrbuch*, 18-е изд. 1911 г. стр. 584.

violation frauduleuse d'un devoir d'office»¹⁾. Судебная практика склоняется усматривать границу между должностнымъ преступленіемъ и служебной провинностью въ тяжести дѣянія: «*la sanction qui assure le respect par les fonctionnaires des obligations qui leur sont imposées consiste, suivant la gravité des cas, soit dans l'application d'une peine criminelle, soit dans l'application de peines disciplinaires*»²⁾.

Въ должностныхъ преступленіяхъ французское право усматриваетъ нарушеніе служебнаго долга³⁾. Во главѣ должностныхъ преступленій *Code pénal* ставитъ именно общее понятіе нарушенія служебнаго долга, т. н. *forfaiture* (art. 166—168)⁴⁾. Внесеніе этого общаго понятія въ

¹⁾ Garraud, *Traité*, IV, п. 1146.

²⁾ Dalloz, *Dictionnaire pratique de droit*, I Liv. p. 654.

³⁾ Должностныя преступленія въ *Cod. pén.* отнесены къ категоріи посягательствъ противъ общественнаго спокойствія (*crimes et délits contre la paix publique*), но отдѣлъ II, ch. III, tit. I, liv. III, гдѣ предусмотрены «*la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions*», обнимаетъ лишь небольшую сравнительно долю должностныхъ преступленій изъ числа извѣстныхъ французскому праву. Такъ значительная часть должностныхъ преступленій оказывается отнесенной къ посягательствамъ противъ конституціи (liv. III, tit. I, ch. II, sect. II, III, IV), остальные же разсѣяны по другимъ отдѣламъ кодекса. Но если значительная часть должностныхъ преступленій оказывается какъ бы вкрапленной среди разнообразныхъ категорій общихъ преступныхъ дѣяній, то, съ другой стороны, и въ отдѣлахъ, специально посвященныхъ должностнымъ преступленіямъ, на ряду съ этими послѣдними, можно встрѣтить и дѣянія общія. По поводу такого распредѣленія законодательнаго матеріала см. замѣчанія у Chauveau et Hélie, *Théorie du Cod. pén.* II, стр. 535. Отнесеніе большей части должностныхъ преступленій къ посягательствамъ противъ общественнаго спокойствія явилось, по мнѣнію Mevès'a, результатомъ той силы и того значенія, какиѣ достигла къ эпохѣ революціи французская бюрократія; ея властное положеніе вызывало необходимость сдержки съ помощью многочисленныхъ угрозъ противъ нарушенія границъ служебныхъ полномочій, допускаемыхъ чиновниками. См. Mevès. v. Holtzendorff's *Handbuch*, III/2, стр. 918—920. Chauveau et Hélie, *Théorie*, II, стр. 534—535.

⁴⁾ *Forfaiture* отъ лат. *foris factura*—дѣйствіе внѣ правилъ, понятіе, возникшее на почвѣ феодальныхъ порядковъ: нарушеніе присяги на вѣрность и покорность (*foi et serment*); послѣдствіемъ такого образа дѣйствій

текстъ уголовного уложенія можетъ быть объяснено, по мнѣнію французскихъ криминалистовъ, только исторически. Впервые это понятіе въ примѣненіи къ одной изъ формъ профессиональной преступности было употреблено въ код. 3 Брумера IV г., въ art. 641, который говорилъ о преступленіи или проступкѣ судей при исполненіи ими служебныхъ обязанностей. Code pén. 1810 г. видоизмѣнилъ это понятіе въ двоякомъ отношеніи: 1) расширилъ кругъ возможныхъ виновниковъ преступленія, распространивъ понятіе «forfaiture» на незаконномѣрную дѣятельность всѣхъ вообще должностныхъ лицъ, а не однихъ только судей; 2) сузилъ матеріальное содержаніе этого понятія, признавъ, что подъ понятіе «forfaiture» можетъ быть подведена лишь дѣятельность должностного лица, носящая характеръ crime, а не délit и contravention. Такъ возникли art. art. 166 и 168.

Такимъ образомъ, общее понятіе нарушенія служебнаго долга въ настоящее время необходимо предполагаетъ учиненіе должностнымъ лицомъ, при исполненіи имъ своихъ служебныхъ обязанностей, преступнаго дѣянія, носящаго характеръ «crime», преступленія. Art. 167 указываетъ, что въ случаяхъ, гдѣ законъ не назначаетъ особаго наказанія за дѣяніе, которое можетъ быть подведено подъ понятіе «forfaiture», тамъ къ виновному должно быть примѣнено «dégradation civique». Въ дѣйствительности въ Code pénal такихъ случаевъ не оказывается вовсе, такъ какъ всюду, гдѣ законъ признаетъ наличность «forfaiture» (напр., art. 121, 126, 127, 183) и гдѣ онъ предусматриваетъ «crimes», учиненныя должностными лицами при отправленіи ими служебныхъ обязанностей, онъ всегда при этомъ устанавливаетъ опредѣленное на-

могло явиться отобрание. Феода. См. Garraud, Traité, t. IV, стр. 5; Chauveau et Hélie, t. II, 535.

казаніе ¹⁾. Вслѣдствіе этого единственнымъ случаемъ не примѣненія, а лишь воспоминанія о существованіи art. 167 является art. 484 и слѣд. Cod. d'inst. crim., которые говорятъ о подсудности и о порядкѣ производства дѣлъ о преступленіяхъ, влекущихъ за собою наказаніе за «forfaiture» или болѣе тяжкое. Вполнѣ понятно поэтому совершенно отрицательное отношеніе французскихъ криминалистовъ ко включенію въ кодексъ такого общаго понятія нарушенія служебнаго долга, которое признается ими не только излишнимъ и потому бесполезнымъ, но даже затемняющимъ смыслъ закона ²⁾.

Слѣдующимъ этапомъ въ разработкѣ вопроса о должностныхъ преступленіяхъ являются попытки установленія принципиальнаго различія между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями и выясненія природы тѣхъ и другихъ.

IV.

Противъ отождествленія должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей высказался прежде другихъ Гельшнеръ, обратившій вниманіе на то, что, гдѣ имѣетъ мѣсто двоякій порядокъ преслѣдованія и двоякое наказаніе, тамъ несомнѣнно дѣло идетъ о двухъ различныхъ конкурирующихъ деликтахъ, а это въ свою очередь заставляетъ предполагать и существованіе двоякаго обязательственнаго отношенія (Pflichtverhältniss) и нарушеніе cadaго изъ нихъ, т. е., что объекты должностного

¹⁾ Въ Cod. 3 brum. IV an. въ art. 644 были перечислены девять случаевъ «forfaiture», наказаніемъ за которые служило «dégradation civique», упомянутое въ art. 643; теперь это перечисленіе уничтожено, а осталась только общая санкція.

²⁾ См. Garraud, Traité, t. IV, стр. 6. Chauveau et Hélie, ук. соч. II, стр. 537. Blanche, III, n. 339. Dalloz, Diction. prat. I Liv. Forfaiture, n. 1, p. 680.

преступления и дисциплинарной провинности различны. Это различие Гельшнеръ строитъ на разницѣ того положенія, въ которомъ находятся въ отношеніи къ государству должностныя лица въ собственномъ смыслѣ (Beamten) и лица, хотя и несущія какую либо государственную или общественную службу (Inhaber eines Staatsamtes), но не являющіяся должностными; послѣднія при отправленіи возложенныхъ на нихъ служебныхъ обязанностей должны поступать согласно установленнымъ правиламъ, выполнять свой служебный долгъ (Amtspflicht-Amtsverhältniss). На должностныхъ лицъ въ собственномъ смыслѣ (Beamten), помимо указанного долга (Amtspflicht), возлагается еще рядъ обязательствъ (Dienstverhältniss), какъ-то: правильное пониманіе лежащихъ на нихъ обязанностей (Amtsgeschäfte), вѣрность государству и носителю государственной власти, повиновеніе начальству и такое поведеніе при отправленіи своей службы и внѣ ея, какого требуетъ уваженіе къ своему собственному должностному положенію¹⁾. При должностномъ преступленіи (Amtsdelikt) имѣетъ мѣсто нарушеніе обязанности осуществлять правомѣрно и законѣрно связанную съ должностью власть; это противозаконное осуществленіе власти можетъ выразиться въ причиненіи ущерба правамъ и интересамъ государственной власти, въ нарушеніи правового отношенія государственной власти къ подданнымъ, въ измѣненіи этихъ отношеній и нарушеніи этимъ самымъ общаго государственнаго порядка. Во всѣхъ этихъ случаяхъ должностное преступленіе является противозаконнымъ злоупотребленіемъ должностными полномочіями, злоупотребленіемъ связанной съ должностью властью, независимо отъ того, проявляется ли это злоупотребленіе въ положительномъ дѣйствіи, противорѣчащемъ служебнымъ

¹⁾ Haelschner, Handbuch, II/2, стр. 1020—1021.

полномочіямъ, или въ опущеніи ихъ обязательнаго выполнения. Если угодно заинтересованность государства или общества въ законѣрномъ осуществленіи власти называть правовымъ благомъ, то этотъ интересъ и будетъ объектомъ при должностныхъ преступленіяхъ, и для состава должностныхъ преступленій требуется поврежденіе или поставленіе въ опасность даннаго правового блага. Хотя злоупотребленіе властью можетъ вылиться въ разнообразныя формы, вслѣдствіе чего существуетъ множество различныхъ должностныхъ преступленій, но во всѣхъ нихъ дѣло идетъ не о нарушеніи различныхъ правовыхъ благъ, а о разнообразныхъ посягательствахъ на одно и то же правовое благо. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія Гельшнера, характернымъ и существеннымъ моментомъ въ должностномъ преступленіи является моментъ злоупотребленія властью. При дисциплинарной провинности, напротивъ, дѣло идетъ о нарушеніи долга, нарушеніи, затрагивающемъ существующее между государствомъ и должностнымъ лицомъ служебное отношеніе (Dienstverhältniss). Если это служебное отношеніе возлагаетъ на должностное лицо обязанность законѣрнаго отправленія связанной съ должностью власти (Amtsgewalt), то несомнѣнно, что каждое должностное преступленіе является въ то же время и нарушеніемъ этой особенной служебной связи, въ которой стоитъ къ государству должностное лицо, т. е. дисциплинарной провинностью. Вытекающія изъ особаго служебнаго отношенія, особой служебной связи обязанности соответственнаго поведенія на службѣ, исполненія согласно съ требованіями инструкціи служебныхъ дѣлъ еще поддаются болѣе или менѣе точному опредѣленію въ частностяхъ, но совершенно невозможно въ частности опредѣлить и юридически установить, чего требуетъ долгъ вѣрности и повиновенія, чего требуетъ поведеніе, соответствующее

достоинству должности. Поэтому при разрешении вопроса о томъ, является ли данное поведение дисциплинарнымъ проступкомъ или нѣтъ, долженъ быть допущенъ извѣстный просторъ.

Такимъ образомъ, Гельшнеръ, въ противоположность господствовавшей до него доктринѣ, стремится провести различіе между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, при чемъ въ основаніе этого различія кладетъ существованіе особыхъ отношеній между должностнымъ лицомъ и государствомъ (Dienstverhältniss) и въ нарушеніи обязанностей, вытекающихъ изъ этихъ отношеній, видитъ сущность дисциплинарной провинности. Напротивъ, объектомъ должностныхъ преступленій является интересъ государства и общества въ законномъ осуществленіи связанной съ должностью власти (Amtsgewalt). Вопросу о должностныхъ преступленіяхъ Гельшнеръ удѣляетъ въ своемъ Handbuch des deutschen Strafrechts большое вниманіе; онъ стремится, какъ мы видѣли, выяснить природу этихъ преступленій, отличіе ихъ отъ дисциплинарныхъ провинностей и подвергаетъ подробному разсмотрѣнію, правда, въ рамкахъ дѣйствующаго германскаго права, самое понятіе должностнаго лица¹⁾. Въ его раз-

¹⁾ Handbuch, II/2, стр. 1014—1091. Точку зрѣнія Haelschner'a на должностныя преступленія усвоили составители германскаго улож. см. Vorwurf, Begründung, B. T. S. 615—616. Взглядъ Haelschner'a въ русской литературѣ принимаетъ всецѣло ф. Резонъ въ своей ст. "О дисциплинарномъ правѣ" (См. Жур. Гр. и Угол. права 1889 г. кн. 7 и 8). По мнѣнію ф. Резона между уголовными и дисциплинарными служебными проступками существуетъ принципиальная разница; при дисциплинарномъ проступкѣ мы имѣемъ дѣло съ нарушеніемъ одного внутренняго порядка службы или съ дѣяніемъ, получающимъ интересъ для карательнаго права лишь по тому, что оно доказываетъ отсутствіе у чиновника того нравственнаго достоинства, тѣхъ нравственныхъ качествъ, которыя требуются и предполагаются для успѣшнаго отправленія ввѣренныхъ ему обязанностей; при уголовномъ же служебномъ проступкѣ мы видимъ, правда, тоже отсутствіе необходимыхъ нравственныхъ качествъ, но помимо этого мы видимъ здѣсь еще нарушеніе чего-то болѣе серьезнаго. Этотъ планъ, отличающій уголовный проступокъ

сужденіяхъ по данному вопросу можно найти много мыслей и замѣчаній, отразившихся на послѣдующихъ трудахъ по вопросу о должностныхъ преступленіяхъ.

Но при всемъ томъ нельзя сказать, что ему принадлежитъ послѣднее слово въ этомъ вопросѣ. Признаніе единого объекта, общаго для всѣхъ должностныхъ преступленій, сближаетъ Гельшнера съ его предшественниками изъ школы Геффера, отъ которыхъ онъ отошелъ установленіемъ принципиальнаго различія между должностными преступленіями, съ одной стороны, и дисциплинарными провинностями—съ другой.

Дальнѣйшую разработку вопросъ о должностныхъ преступленіяхъ получили въ трудахъ Оппенгейма, Биндинга и другихъ, которые прежде всего останавливаются на ближайшемъ выясненіи правовой природы объекта должностныхъ преступленій.

Оппенгеймъ считаетъ ошибочнымъ господствующій взглядъ на природу должностныхъ преступленій, такъ какъ существуютъ такіа дѣянія, въ которыхъ субъектами являются не должностныя лица въ общепринятомъ смыслѣ слова и на которыхъ слѣдовательно не распространяются

отъ дисциплинарнаго, заключается въ нарушеніи виновнымъ обязанности отправлять ввѣренную ему государствомъ служебную власть только по мѣрѣ и на основаніи закона. Таковое противозаконное отправленіе служебной власти имѣетъ своимъ послѣдствіемъ не одно нарушеніе служебнаго порядка или служебныхъ отношеній, но и общегосударственнаго порядка, ибо является нарушеніемъ еще и интересовъ государства, объ коихъ виновный долженъ былъ заботиться по долгу службы, или же правовыхъ отношеній подданныхъ къ государственной власти. Такимъ образомъ, по мнѣнію ф. Резона, гдѣ имѣется на лицо противозаконное злоупотребленіе служебной властью, тамъ должна быть признана наличность должностнаго проступка, подлежащаго уголовному наказанію; если, наоборотъ, проступокъ представляется только нарушеніемъ порядка или правилъ, установленныхъ для болѣе успѣшнаго и безпрятельнаго теченія служебныхъ дѣлъ или того спеціальнаго довѣрія, съ которымъ государство относится къ своимъ агентамъ, то передъ нами проступокъ дисциплинарный. См. Жур. Гражд. и Угол. права, кн. 8, стр. 84.

особыя дисциплинарныя обязанности, составляющія отличительную черту положенія должностныхъ лицъ. Въ проступкахъ этихъ лицъ нѣтъ, слѣдовательно, элементовъ дисциплинарной провинности. Кромѣ того, по мнѣнію Оппенгейма, нельзя считать объектомъ должностного преступленія служебный долгъ, *Amtspflicht* ¹⁾, и нельзя, слѣдовательно, объединить должностное преступленіе и дисциплинарную провинность. отождествленіе должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей можетъ быть объяснено тѣмъ, что большинство дѣяній, подходящихъ подъ понятіе должностныхъ преступленій, одновременно заключаетъ въ себѣ и составъ дисциплинарныхъ провинностей, и что дисциплинарная провинность можетъ быть превращена въ должностное преступленіе, повидимому, путемъ простого назначенія на ряду съ дисциплинарнымъ взысканіемъ уголовного наказанія.

Между тѣмъ, по мнѣнію Оппенгейма, должностное преступленіе и дисциплинарная провинность направляются противъ различныхъ объектовъ.

Объектомъ дисциплинарныхъ провинностей является долгъ (*Amtspflicht*), обусловливаемый особыми обстоятельствами, въ которыхъ дѣятель находится; всякая дисциплинарная провинность есть, слѣдовательно, нарушеніе долга, независимо отъ того, будетъ-ли это нарушеніе долга, налагаемаго публичной или частной службой, или какихъ либо другихъ обязанностей, обусловливаемыхъ иными отношеніями, какъ напр., отношеніями члена семьи къ ея главѣ, служащаго къ хозяину, ученика къ учителю, члена корпораціи къ корпораціи, матроса къ капитану, подмастерья къ мастеру и т. д. Такимъ образомъ, объектомъ дисциплинарной провинности является всегда служебный долгъ (*Amtspflicht*), при чемъ его со-

¹⁾ Oppenheim. Die Rechtsbeugungsverbrechen, 1886 г. стр. 46.

держаніе съ формальной стороны одинаково для всѣхъ служащихъ (*für alle Inhaber eines Amtes*). Внутреннее содержаніе этого долга Оппенгеймъ опредѣляетъ почти такъ же, какъ и Мевесъ: должностное лицо обязано показать себя достойнымъ своей должности какъ при отправленіи своихъ обязанностей, такъ и внѣ отправленія ихъ, оно обязано дѣлать все то, что требуетъ достоинство служебнаго положенія, и, наоборотъ, воздерживаться отъ всего, что съ этимъ достоинствомъ несоединимо ¹⁾. Въ зависимости отъ характера службы содержаніе этой, въ общей формѣ обрисованной, обязанности должностныхъ лицъ можетъ видоизмѣняться. Конечно, было бы возможно изъ безконечно-разнообразной массы нарушеній служебнаго долга выбрать отдѣльные случаи, точно описать составъ ихъ и установить за нихъ опредѣленные наказанія и такимъ образомъ, слѣдовательно, превратить дисциплинарную провинность въ должностное преступленіе. Но этому препятствуетъ, по мнѣнію Оппенгейма, неопредѣленность содержанія самаго понятія служебнаго долга: его требованія въ большинствѣ случаевъ являются «*quaestio facti*», и учрежденіямъ, на которыя возлагается обязанность разслѣдованія дѣлъ о дисциплинарныхъ провинностяхъ, всегда должна быть предоставлена широкая свобода въ разрѣшеніи вопроса о томъ, имѣло-ли въ данномъ случаѣ мѣсто нарушеніе долга или нѣтъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ воззрѣній народа, взглядовъ отдѣльныхъ круговъ населенія, измѣненія политическихъ условій и цѣлаго ряда другихъ обстоятельствъ. Въ силу этого формально единый, но по существу различный и мѣняющійся въ зависимости отъ мѣста, вре-

¹⁾ См. Oppenheim, ук. сод. стр. 16: „sowohl bei der Amtsführung selbst als auch ausserhalb derselben sich stets des Amtes würdig zu zeigen, alles zu thun, was die Amtswürde gebietet, und alles zu lassen, was sich mit der Amtswürde nicht verträgt“.

мени и другихъ условій служебный долгъ (Amtspflicht) неспособенъ быть тѣмъ правовымъ благомъ, для охраны котораго отъ поврежденія или поставленія въ опасность государство можетъ создать уголовно-правовую угрозу. Правовое благо, охраняемое съ помощью угрозъ уголовно-правового характера, должно всегда отличаться определенностью содержанія и быть ясно распознаваемо. Иначе невозможна выработка состава дѣянія съ твердо определенными признаками¹⁾. Но, если понятіе служебнаго долга (Amtspflicht) не обладаетъ тѣми свойствами, которыя требуются для объекта уголовно-наказуемаго дѣянія, то что же въ дѣйствительности является таковымъ объектомъ въ должностныхъ преступленіяхъ? Путь къ отвѣту на указанный вопросъ слѣдуетъ искать въ господствующей теоріи: согласно съ господствующимъ взглядомъ должностными преступленіями признаются тѣ изъ дисциплинарныхъ провинностей, которыя представляютъ опасность для общаго правопорядка. При ближайшемъ разсмотрѣніи состава дисциплинарныхъ провинностей, заключающихъ въ себѣ элементъ нарушенія или поставленія въ опасность правового порядка, оказывается, что нарушаемые при этомъ или поставляемые въ опасность правовыя блага могутъ быть двухъ родовъ: одни изъ этихъ благъ таковы, что они могутъ быть нарушены каждымъ или, если и не каждымъ, то во всякомъ случаѣ не только лицомъ, занимающимъ какое-либо служебное положеніе; другія же блага, затрогиваемыя при учиненіи дисциплинарныхъ провинностей, могутъ быть нарушены или поставлены въ опасность исключительно только лицами, занимающими служебное положеніе (Inhaber eines Amtes). Отсюда Оппенгеймъ дѣлаетъ выводъ, что объектомъ должностнаго преступленія являются тѣ правовыя

¹⁾ См. Oppenheim, у.к. соч. стр. 17.

блага (Rechtsgüter), коихъ нарушеніе или поставленіе въ опасность можетъ быть учинено только лицомъ, занимающимъ какое-либо служебное положеніе¹⁾, и что, слѣдовательно, должностнымъ преступленіемъ можетъ быть признано лишь такое преступное дѣяніе, учиненное должностнымъ лицомъ, гдѣ дѣло касается правового блага, доступнаго только для посягательства со стороны должностныхъ лицъ²⁾. Всѣ остальные преступныя дѣянія, учиняемыя должностными лицами, не могутъ быть, по мнѣнію Оппенгейма, относимы къ должностнымъ преступленіямъ; они являются общими преступленіями, квалифицируемыми лишь вслѣдствіе особыхъ свойствъ ихъ виновниковъ. Не можетъ быть, поэтому, разграниченія должностныхъ преступленій на собственныя или чисто должностныя, и не собственныя или смѣшанныя; преступное дѣяніе можетъ быть или должностнымъ преступленіемъ, или общимъ; средняго между ними быть не можетъ. Правовыя блага, нарушеніе коихъ доступно должностнымъ лицамъ, могутъ быть объектомъ посягательства или со стороны всѣхъ должностныхъ лицъ, или со стороны только определенной категоріи ихъ; поэтому можетъ быть сохранено дѣленіе должностныхъ преступленій на общія и особенныя только въ зависимости отъ того, могутъ-ли они быть учинены всѣми категоріями должностныхъ лицъ или только нѣкоторыми. Такимъ образомъ, объектомъ должностныхъ преступленій въ указанномъ Оппенгеймомъ смыслѣ являются въ большинствѣ случаевъ правовыя блага общества и государства, по-

¹⁾ Object der Amtsverbrechen sind Rechtsgüter, deren Verletzung oder Gefährdung nur durch Inhaber eines Amtes geschehen kann. См. у.к. соч. стр. 18.

²⁾ Oppenheim, у.к. соч. стр. 21: „dass durch die (Amtsverbrechen) Rechtsgüter verletzt oder gefährdet werden, deren Verletzung oder Gefährdung ihrer Natur nach nur durch Inhaber eines Amtes stattfinden kann, weil nur ihnen vermöge ihres Amtes eine Einwirkung auf diese Rechtsgüter überhaupt möglich war“.

этому должностные преступления и занимают место среди преступлений против государства. Опредѣливъ такимъ образомъ понятие дисциплинарной провинности и должностного преступления, Оппенгеймъ устанавливаетъ и выясняетъ существующую, несмотря на различіе, связь между ними. Связь между должностными преступлениями и дисциплинарными провинностями существуетъ по тому, что служебный долгъ, лежащій на должностномъ лицѣ, требуетъ отъ него такого поведенія, которое соотвѣтствовало-бы достоинству службы, должностное же преступленіе свидѣлствуетъ, напротивъ, о поведеніи, недостойномъ служащаго; такимъ образомъ, должностное лицо, учиняющее должностное преступленіе, посягаетъ не только на правовое благо, являющееся объектомъ должностного преступления, но и нарушаетъ также свой служебный долгъ, т. е. совершаетъ дисциплинарную провинность. Такимъ образомъ, между должностнымъ преступленіемъ и дисциплинарной провинностью создается отношеніе идеальной совокупности, такъ какъ и то и другое учиняется однимъ и тѣмъ же лицомъ, въ одно и то же время, въ одномъ и томъ же мѣстѣ и однимъ и тѣмъ же дѣйствіемъ. Въ отношеніи тяжести оба составные элемента могутъ быть весьма различны: тяжкое нарушеніе правопорядка можетъ быть незначительной дисциплинарной провинностью, и наоборотъ; въ виду этого неправильнъ взглядъ, что дисциплинарная провинность, путемъ угрозы уголовного наказанія, возвышается до степени должностного преступления; уголовная кара грозитъ не за нарушеніе служебнаго долга, а за посягательство на иное правовое благо¹⁾.

Взгляды Оппенгейма на природу должностного преступления и вытекающее отсюда различіе должностныхъ

¹⁾ Oppenheim, ук. соч. стр. 23. По поводу этой теоріи см. замѣч. у ф. Резона, ук. ст., стр. 5.

преступлений и дисциплинарныхъ провинностей явились крутымъ поворотомъ въ доктринѣ должностныхъ преступлений, долгое время стоявшей на точкѣ зрѣнія, развитой и обоснованной Гефферомъ. Они легли въ основу новѣйшихъ работъ по данному вопросу. Ихъ въ значительной мѣрѣ раздѣляютъ Биндингъ¹⁾ и Наглеръ²⁾.

¹⁾ Binding. Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung. Gerichtssaal, LXIV, 1904 г.

²⁾ По мнѣнію Nagler'a (Die Theilnahme am Sonderverbrechen), — „der Begriff der Amts-oder Dienstpflicht ist von vorherein ungeeignet, ein Rechtsgut im Sinne eines Rechtsschutzobjektes abzugeben... die Amts-oder Dienstpflicht bezieht sich vor allem gar nicht auf das Verhältniss des Staats in seiner Eigenschaft als Rechtsquelle, als Inhabers des Imperiums gegenüber seiner Unterthanen als solchen, sondern hat nur Platz innerhalb des eigenthümlichen Rechtsverhältnisses, das sich zwischen dem Staat als Dienstherrn zu dem Beamten oder Soldaten als dem Dienstpflichtigen spannt. Sie kann daher weder primär noch sekundär der unmittelbare Gegenstand des verbrecherischen Angriffs sein. Ein jedes Amts-oder Militärverbrechen hat ein besonderes Rechtsschutzobjekt, das den Charakter des Verbrechens spezifisch bestimmt und es so qualitativ von den anderen Tatbeständen dieser Gruppe scheidet“. Усматривая въ должностныхъ преступленіяхъ наличность самостоятельнаго объекта, Nagler проводитъ различіе между понятіями должностного преступления и дисциплинарной провинности; по его мнѣнію, предметомъ права дисциплинарнаго наказанія является исключительно „die Verletzung des dem Staat durch den Beamtenvertrag oder sonst ein publizistisches Rechtsverhältniss gegen den Einzelnen erwachsenen Rechts auf ordnungsmässige Dienstleistung“. Государство въ отношеніи къ должностнымъ лицамъ или солдатамъ выступаетъ не въ качествѣ носителя государственнаго верховенства (Staatshoheit), но какъ господинъ (Diensherr), а должностныя лица и солдаты являются не подданными, а лицами специально обязанными (die Qualität des obligatorisch Vinikulierten). Если въ преступномъ дѣяніи и дисциплинарной провинности усматривать нарушеніе обязанностей, то въ первомъ случаѣ это будетъ нарушеніемъ обязанности подданнаго, а во второмъ — служебнаго долга вѣрности (die dienstliche Treupflicht). Это основное различіе преступления и дисциплинарной провинности сказывается и въ дальнѣйшемъ: уголовное наказаніе имѣетъ въ виду возмездіе (vergeltend), дисциплинарная мѣра — обезпеченіе и очищеніе (sichernd und reinigend), вслѣдствіе чего оба вида наказанія могутъ существовать совместно. Связь между дисциплинарной и уголовной неправдой заключается въ томъ, что въ уголовномъ преступленіи можетъ быть усмотрѣно и нарушеніе служебной обязанности должностнаго лица (Verstoß wider die Dienstpflicht des Beamten) (стр. 24 - 25). Съ теченіемъ времени мѣняется только взглядъ на то, что считать служебной провинностью (Dienstverstoß), что преступленіемъ; это зависитъ всецѣло отъ воли законодателя, опредѣляемой уголовно-политическими воззрѣніями эпохи (стр. 25).

Продолжительное господство взглядовъ Геффтера, отрицающаго разграниченіе должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей, Биндингъ объясняетъ исключительнымъ обращеніемъ вниманія на отношенія между государствомъ и должностнымъ лицомъ и оставленіемъ внѣ разсмотрѣнія обширныхъ областей примѣненія дисциплинарныхъ мѣръ въ школахъ, семьяхъ, въ церкви и т. п. При признаніи однородности должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей, уголовныхъ наказаній и дисциплинарныхъ взысканій, представляется крайне затруднительнымъ объяснить двойное наказаніе одного и того же дѣянія. Въ виду этого Биндингъ высказывается за необходимость разграниченія этихъ понятій и сущность дисциплинарной провинности усматриваетъ въ нарушеніи должностнымъ лицомъ принятыхъ на себя при поступленіи на службу обязанностей по отношенію къ государству¹⁾. Это нарушеніе, естественно, можетъ принимать самыя разнообразныя формы, но въ существѣ своемъ всегда остается неизмѣннымъ; слѣдовательно, измѣненіе имѣетъ только количественный, а отнюдь не качественный характеръ. Но если бы служебный долгъ (Amtspflicht) былъ единственнымъ или, по крайней мѣрѣ, главнѣйшимъ объектомъ посягательства и при должностныхъ преступленіяхъ, то и по отношенію къ нимъ слѣдовало бы сдѣлать тотъ же выводъ: нѣтъ должностныхъ преступленій, а существуетъ только одно должностное преступленіе, имѣющее нѣсколько ступеней²⁾.

Но въ дѣйствительности, по мнѣнію Биндинга, по-

¹⁾ Сущность этой обязанности выражена въ Reichsbeamten-gesetz 31/III 1873 г. § 10: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und ausser dem Achtung die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen“.

²⁾ См. ук. ст., стр. 4—7.

нятіе должностного преступленія гораздо старше, чѣмъ вся теорія о служебныхъ отношеніяхъ и о нарушеніи служебнаго долга. «Если римляне, говоритъ Биндингъ, для преслѣдованія *crimen repetundarum* создали первое *quaestio perpetua*, то произошло это не отъ того, что на-мѣстники не имѣли честныхъ чиновниковъ, а по тому, что провинція взывала къ небу отъ неправды, чинимой ихъ жадностью»¹⁾. При вымогательствѣ признанія (§ 343 StGB), при возбужденіи или продолженіи преслѣдованія невиновнаго (§ 344 StGB) и т. д., должностное лицо карается не за уклоненіе отъ повиновенія власти (*Unbotmässigkeit des Beamten gegen den Gewalthaber*), но за роковыя послѣдствія, какія его образъ дѣйствій оказы-ваетъ на невиновнаго, не находящагося подъ слѣдствіемъ и т. п.; охрана при посредствѣ наказанія, назначаемаго за должностныя преступленія, имѣетъ въ виду прежде всего интересы частныхъ лицъ, затрогиваемые дѣятель-ностью должностнаго лица, а не интересы органовъ власти²⁾.

Государство, предоставляя должностному лицу частицу государственной власти, не можетъ достигнуть того, чтобы должностное лицо въ предѣлахъ данныхъ ему пол-номочій всегда дѣйствовало закономѣрно: данныя полно-мочія всегда заключаютъ въ себѣ возможность злоупотре-бленій. Въ этомъ обращеніи органами государственной власти своихъ полномочій на акты противоправнаго ха-рактера, учиняемые въ предѣлахъ вѣдомства, и слѣдуетъ, по мнѣнію Биндинга, видѣть сущность преступленій. Слѣдовательно, объектомъ должностныхъ преступленій являются тѣ правовыя блага, посягательства на которыя

¹⁾ См. ук. ст., стр. 7.

²⁾ Основаніе наказуемости должностныхъ преступленій слѣдуетъ искать, по мнѣнію Биндинга, nicht in seiner Rückwirkung auf das interne Ver-hältnis des Beamten zu seinem Gewalthaber, sondern in seiner verderblichen Wirkung nach aussen. См. ук. ст., стр. 8.

доступны для должностныхъ лицъ въ силу ихъ должностной компетенціи (*amtliche Zuständigkeit*). Въ противоположность Оппенгейму, Биндингъ допускаетъ, что такими доступными для воздѣйствія должностныхъ лицъ правовыми благами могутъ быть не только блага, принадлежащія обществу или государству, но и блага частныхъ лицъ. Такимъ образомъ, область должностныхъ преступленій опредѣляется случаями незаконнаго воздѣйствія должностныхъ лицъ въ кругъ своего вѣдомства на правовыя блага, доступныя этому воздѣйствію, вслѣдствіе должностного положенія виновнаго. Поэтому, если должностное лицо злоупотребляетъ своимъ властнымъ положеніемъ (*Machtstellung*) для учиненія противоправнаго дѣянія, но внѣ предѣловъ своей компетенціи, то тутъ будетъ не должностное преступленіе въ собственномъ смыслѣ, а общее преступленіе, учиненное должностнымъ лицомъ; по мнѣнію Биндинга, никаксе должностное лицо не имѣетъ въ настоящее время права вынуждать показанія, присвоивать имущество, ввѣренное охранѣ (*in amtliche Gewahrsam*), поэтому учиненіе подобныхъ дѣйствій, какъ не входящее въ компетенцію должностного лица, не можетъ быть признано должностнымъ преступленіемъ; напротивъ, если судебный органъ, уполномоченный вообще на принятіе мѣръ задержанія, приметъ эту мѣру за вѣдомо противозаконно, то составъ должностного преступленія будетъ налицо. Должностныя преступленія, по конструкціи Биндинга, имѣютъ всегда два объекта посягательства (*Angriffsobjekte*): непосредственный и отдаленный; такъ напр., при взысканіи излишнихъ сборовъ (*Gebührenüberhebung*) непосредственнымъ объектомъ будутъ имущественные интересы лица, платящаго эти сборы, при противоправномъ лишеніи свободы—свобода, при неправосудіи—интересы правосудія и т. д., но за этимъ непосредственнымъ интересомъ въ качествѣ

второго объекта стоитъ униженіе государственной власти превращеніемъ ея въ орудіе преступления (*die Entwürdigung der Staatsgewalt zum Mittel des Verbrechens*). Вслѣдствіе этого спеціальнаго способа учиненія должностныхъ преступленій, послѣднія въ конечномъ счетѣ (*sekundär*) представляются всегда государственными преступленіями. Такимъ образомъ, по сравненію съ Оппенгеймомъ, Биндингъ точнѣе очерчиваетъ область возможныхъ должностныхъ преступленій и усложняетъ самое понятіе ихъ: Оппенгеймъ считаетъ должностными преступленіями только посягательства на такія блага, нарушеніе или поставленіе въ опасность которыхъ возможно лишь для должностныхъ лицъ въ силу ихъ служебнаго положенія; какъ скоро доступъ къ посягательству на эти блага открытъ и для недолжностныхъ лицъ, это уже будетъ не должностное преступленіе, а общее; Биндингъ же полагаетъ, что не только посягательства на доступныя лишь для должностныхъ лицъ блага, но и посягательства на всѣ другія блага, если они учинены должностными лицами въ предѣлахъ ихъ вѣдомства т. е. при совершеніи дѣяній формально законныхъ, слѣдуетъ признавать преступленіями должностными. Далѣе, Оппенгеймъ въ каждомъ должностномъ преступленіи усматриваетъ наличность идеальной совокупности, элементами которой являются, съ одной стороны, правонарушеніе, посягательство на какой либо общественный или государственный интересъ, съ другой стороны—дисциплинарная провинность въ смыслѣ нарушенія служебнаго долга. Въ конструкціи Биндинга уголовно-правовой элементъ удваивается, такъ какъ предполагаетъ, кромѣ посягательства на какіе либо частные или общественные интересы, еще всегда посягательство на интересъ государственной власти; но на ряду съ этимъ Биндингъ, повидимому, не отрицаетъ и налич-

ности въ должностныхъ преступленіяхъ элемента дисциплинарной провинности.

Новѣйшей работой, посвященной интересующему насъ вопросу, является работа Вахингера, представляющая не только обстоятельный разборъ матеріала по вопросу о должностныхъ преступленіяхъ, но и дѣлающая дальнѣйшій шагъ въ выясненіи даннаго вопроса ¹⁾.

По своимъ воззрѣніямъ Вахингеръ примыкаетъ съ одной стороны къ Гельшнеру, съ другой—къ Биндингу. Съ первымъ онъ сходится въ вопросѣ о разграниченіи должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей, со вторымъ—во взглядѣ на природу и объектъ должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ.

Вахингеръ такъ же, какъ и Гельшнеръ, различаетъ понятіе «*Amtslicht*», заключающееся въ обязанности законѣрнаго отправленія службы, и понятіе «*Dienstpflicht*», обнимающее не только обязанности законѣрнаго отправленія службы, но и, сверхъ того, обязанность соблюденія особой вѣрности, повиновенія, достойнаго поведенія. Нарушеніе обязанностей, вытекающихъ исключительно изъ отношеній служебнаго властвованія (*Dienstgewaltverhältniss*), составляетъ обычно «*internum*», внутреннее дѣло между государствомъ и должностнымъ лицомъ; интересъ государства въ правильномъ отправленіи службы можетъ быть достаточно обезпеченъ путемъ примѣненія дисциплинарныхъ мѣръ. Сюда же слѣдуетъ отнести также случаи, когда должностное лицо совершаетъ какое либо общее преступленіе, не имѣющее никакого отношенія къ отправляемой имъ должности; за это общее преступленіе должностное лицо отвѣчаетъ по общимъ правиламъ, но въ то же время за нарушеніе обязанности достойнаго

¹⁾ См. Vergleichende Darstellung, Bes. T. B. IX; Wachinger. Verbrechen und Vergehen im Amte. Allgemeine Erörterung, стр. 197—367.

поведенія оно должно быть подвергнуто дисциплинарной ответственности.

Напротивъ, къ группѣ должностныхъ преступленій относятся случаи нарушенія обязанности законѣрнаго отправленія службы — *Pflicht zur gesetzmässigen Amtsführung*. Подобное нарушеніе долга направляется одновременно какъ противъ интересовъ государства, какъ *Inhaber der Amtsgewalt*, довѣріе котораго обманывается и авторитетъ повреждается, такъ и противъ интересовъ третьихъ лицъ, охранѣ коихъ служатъ нарушенныя нормы. Въ этомъ воздѣйствіи на интересы государства и третьихъ лицъ кроется основаніе, почему общественное правосознаніе стремится къ тому, чтобы случаи нарушенія служебнаго долга (*Ampflichtverletzungen*) были предусмотрены уголовнымъ закономъ.

На ряду съ этими случаями двусторонняго нарушенія интересовъ стоитъ еще другая группа дѣяній, отнесенія которой къ уголовно наказуемымъ дѣяніямъ точно такъ же требуетъ общій интересъ; это случаи использования должности для своекорыстныхъ цѣлей; они даже въ случаѣ, если не нарушаютъ никакого права, представляютъ большую опасность для добросовѣстнаго несенія службы, такъ какъ разстояніе, отдѣляющее простое пользованіе своимъ служебнымъ положеніемъ отъ злоупотребленія своимъ положеніемъ, крайне незначительно.

Кромѣ того, нѣкоторыя сами по себѣ непротивоправныя дѣянія, въ виду опасности ихъ для добросовѣстнаго несенія службы, облагаются уголовными наказаниями. При такой точкѣ зрѣнія не можетъ быть, по мнѣнію Вахингера, смѣшенія между уголовнымъ и дисциплинарнымъ правомъ. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ имѣется въ виду не охрана служебныхъ отношеній, а именно охрана обязанности законѣрнаго отправленія службы (*Pflicht zur gesetzmässigen Amtsführung*).

Н., помимо этого общего объекта, при нарушениях служебного долга (*Amtspflichtverletzung*) можно найти еще несколько объектов, на которые эти нарушения направляются, напр. ложное обвинение может быть рассматриваемо, как посягательство на права обвиняемого, его честь, свободу и имущество; кроме того, оно направляется и на интересы правосудия; вместе с тем в ложном обвинении содержится посягательство и на чистоту обвинительных полномочий, доверенных публичному обвинителю, и затем на чистоту связанной с должностью государственной власти, объемлющей эти полномочия, а в конце концов и на авторитет самого государства.

Общей связью, соединяющей все случаи нарушения служебного долга, является наличие в них посягательства на чистоту связанной с должностью власти (*Reinheit der Amtsgewalt*).

Такова, по мнению Вахингера, юридическая природа должностных преступлений. Каким же образом законодатель предусмотреть возможные объекты нарушения служебного долга (*Amtspflichtverletzungen*)?

Установление объекта преступного деяния является главным условием для познания его сущности. Но существует ряд преступных деяний, которые могут быть охарактеризованы не только с точки зрения их объекта, но и субъекта. Это имеет место в тех случаях, когда карательные постановления (*Strafsatzungen*) связываются с известными личными условиями, существующими у определенного круга лиц (*Sonderrecht*). Противоправные деяния, для которых создаются особые уголовные определения (*kriminelle Sonderbestimmungen*), могут быть названы особыми преступными деяниями в широком смысле (*Sonderverbrechen im weiteren Sinne*). Кроме случаев, в которых личные условия ведут

к смягчению ответственности или ее усиливают, создание таких особых специальных определений (*sonderrechtliche Bestimmungen*) обуславливается часто тем, что то или другое личное условие делает возможными особого рода посягательства на известные блага, чем подвергает опасности существование этих благ и создает поэтому потребность в специальной уголовной охране этих благ, независимо от того, пользовались они уже ранее этой охраной или нет. Если уже имеется готовый общий состав деяния, под который может быть подведен особый вид его, то законодатель, в виду потребности в усиленной охране, ограничивается только созданием квалифицированного вида общего преступления; в этом случае личное условие имеет значение обстоятельства, влияющего на ответственность (*strafändernd*); состав этого квалифицированного деяния тождествен с составом общего и отличается лишь некоторыми частностями.

Если же нет такого общего состава, под который мог бы быть подведен специальный случай, то законодатель должен создать новый состав, который будет иметь применение только к лицам, принадлежащим к определенной категории; личное условие имеет в данном случае значение конститутивного элемента, оно является обстоятельством, обосновывающим наказуемость (*strafbegründend*).

Если объект посягательства до образования специального деликта не пользовался правовой охраной, то не может быть никаких сомнений относительно самостоятельности этого деяния. Если же объект посягательства уже ранее пользовался правовой охраной, то поводом для образования нового деяния может быть лишь особый способ посягательства (*die abweichende Art des Angriffs*) на данный объект; вновь образованный

спеціальний составъ, заимствовавшій нѣкоторые элементы общаго состава дѣянія, лишь сходенъ съ этимъ послѣднимъ, напр. принужденіе насиліемъ и угрозой къ какому либо дѣйствию или опущенію и принужденіе путемъ злоупотребленія своимъ особымъ положеніемъ. Однако сходство въ составѣ этого особаго дѣянія съ дѣяніемъ общимъ не измѣняетъ значенія личнаго условія, такъ какъ оно и здѣсь является обстоятельствомъ, обусловливающимъ наказуемость (strafbegründend), и тѣмъ самымъ обезпечиваетъ самостоятельность вновь созданному деликту. Составы дѣяній, при которыхъ личное условіе является обстоятельствомъ только квалифицирующимъ, могутъ быть названы «не настоящими особыми преступными дѣяніями» (unechte Sonderverbrechen); тѣ же дѣянія, въ которыхъ личное условіе имѣетъ значеніе обстоятельства, обосновывающаго отвѣтственность, могутъ быть названы настоящими особыми преступлениями (echte Sonderverbrechen)¹⁾. Съ точки зрѣнія Вахингера, это значеніе личнаго условія является единственнымъ признакомъ, по которому особые преступления могутъ быть выдѣлены изъ общихъ. Къ категоріи такихъ личныхъ условій, служащихъ поводомъ для созданія особыхъ преступныхъ дѣяній, Вахингеръ относитъ занятіе должности (Innehabung eines öffentlichen Amtes); напр., интересы правосудія хотя и могутъ быть предметомъ самыхъ разнообразныхъ посягательствъ со стороны всѣхъ подданныхъ (ложный доносъ, жалоба, лжесвидѣтельство и т. п.), но путемъ предъявленія ложнаго публичнаго обвиненія они могутъ быть нарушены только органомъ прокуратуры, а путемъ судебного рѣшенія только судьей, или чистота связанной съ должностью власти (Reinheit der Amtsgewalt) можетъ быть нарушена всѣми подданными безраз-

¹⁾ Wachinger, ук. ст. 290—295 стр.

лично, особенно путемъ подкуна, но должностное положеніе (Amt) представляетъ для обладателя этого положенія въ нѣкоторомъ родѣ публично-правовое имущество, состоящее изъ правъ и обязанностей, которое ему ввѣрено; злоупотребленіе своимъ должностнымъ положеніемъ со стороны служащаго является какъ бы публично-правовымъ злоупотребленіемъ довѣрія (öffentlichrechtlich Untreue); и лицо служащее можетъ посягнуть на чистоту связанной съ должностью власти только въ этой наиболѣе отвратительной и опасной формѣ¹⁾.

Такова эта новѣйшая попытка выясненія природы должностныхъ преступленій. Не трудно усмотрѣть въ ней тѣ элементы, изъ которыхъ она сложилась: это воззрѣнія Гельшнера и Биндинга. Вліяніе перваго сказалось въ способѣ разграниченія должностныхъ преступленій отъ дисциплинарныхъ провинностей и въ признаніи общимъ объектомъ должностныхъ преступленій чистоты связанной съ должностью власти (Reinheit der Amtsgewalt). Слѣды конструкціи Биндинга сказались въ признаніи, на ряду съ единымъ общимъ объектомъ должностныхъ преступленій, наличности въ нихъ посягательства и на другія правовыя блага, открытыя для воздѣйствія исключительно со стороны отдѣльныхъ категорій лицъ или для воздѣйствія со стороны этихъ категорій лицъ, при условіи примѣненія ими особыхъ спеціальныхъ способовъ, недопустимыхъ для другихъ.

Заканчивая свой обзоръ и оглядываясь на путь, пройденный должностными преступленіями, мы можемъ отмѣтить слѣдующіе главнѣйшіе этапы:

1) отсутствіе представленій о должностныхъ преступленіяхъ, какъ объ особой группѣ дѣяній, и полное смѣ-

¹⁾ Wachinger, ук. ст. стр. 296.

шение должностных преступлений съ другими группами преступных дѣяній;

2) выдѣленіе должностныхъ преступлений въ особую группу, при чемъ признакомъ, обособляющимъ должностныя преступления отъ другихъ, являлось особое положеніе лица виновнаго, вслѣдствіе чего и должностныя преступления относились къ категоріи «*delicta propria*»,

и наконецъ, 3) отдѣленіе должностныхъ преступлений въ собственномъ смыслѣ отъ дисциплинарныхъ провинностей и вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе тщательное выясненіе юридической природы тѣхъ и другихъ.

Если въ первой своей стадіи не было должностныхъ преступлений совершенно, а подводимыя въ настоящее время подъ это понятіе посягательства разсматривались какъ отдѣльные случаи общихъ преступлений и, слѣдовательно, въ качествѣ объекта ихъ выдвигался тотъ или другой интересъ, нарушаемый даннымъ общимъ преступленіемъ, то, напротивъ, въ послѣдующей стадіи своего развитія, вмѣсто этихъ отдѣльныхъ интересовъ, стали выдвигаться и поглощать остальные единый государственный интересъ—служебный долгъ, лежащій на должностномъ лицѣ. И только въ болѣе позднихъ трудахъ замѣтно стремленіе къ установленію извѣстнаго равновѣсія путемъ указанія, что объектомъ должностныхъ преступлений является не только отвлеченный государственный интересъ, но и интересы, и блага частныхъ лицъ, затрогиваемые неправоюмѣрной дѣятельностью служащихъ.

ГЛАВА II.

Должностныя преступления въ русскомъ правѣ.

I. Должностныя преступления въ законодательныхъ памятникахъ Московскаго государства.

Возникновеніе должностныхъ преступлений, какъ самостоятельной группы преступныхъ дѣяній, предполагаетъ существованіе болѣе или менѣ развитого административнаго строя. Особенности этого строя отражаются на системѣ и характерѣ преступлений данной группы.

Отношенія служилаго класса къ власти у насъ весьма долго покоились на началахъ чисто договорныхъ. Древняя Русь не знала служебной повинности; княжеская дружина составлялась изъ лицъ, добровольно «призывавшихся на службу» и остававшихся на этой службѣ до тѣхъ поръ, пока это имъ было угодно. Увольненіе отъ службы, отъѣздъ къ другому князю было полнымъ правомъ дружинника, подтверждаемымъ договорными грамотами ¹⁾.

«А бояромъ и слугамъ межи насъ вольнымъ воля»—это начало оставалось долгое время господствующимъ. При такомъ вольномъ сотрудничествѣ, когда каждая сторона въ любой моментъ могла свободно разорвать связывавшіе ее узы, трудно говорить о существованіи какого либо служебнаго долга и о послѣдствіяхъ его нарушенія. «Отказъ отъ службы» и расхожденіе—един-

¹⁾ Чичеринъ. Опыты по исторіи русскаго права, стр. 76. Градовскій. Начала госуд. права, II, 26.

ственное послѣдствіе взаимнаго недовольства состоявшихъ въ договорныхъ отношеніяхъ сторонъ.

Договорнымъ началомъ проникнуты и отношенія первыхъ московскихъ князей къ своимъ слугамъ. Только съ укрѣпленіемъ государственнаго строя, съ усиленіемъ власти государя это договорное начало уступаетъ мѣсто началу крѣпости; вмѣстѣ съ этимъ въ отношенія служилыхъ людей къ власти проникаетъ элементъ публично-правовой. Но это развитіе публично-правового начала въ институтъ службы совершалось крайне медленно. На пути его стояло начало кормленія, на которомъ въ теченіе почти всего московскаго періода русской исторіи покоилась система государственнаго управления. Намѣстники и волостели Московскаго государства и подчиненные имъ органы, отправляя службу на государя, получали содержаніе натурой съ управляемаго ими населенія или въ видѣ періодическихъ сборовъ, или же въ видѣ пошлинъ за выполненіе тѣхъ или другихъ дѣйствій служебнаго характера.

Система кормленія открывала широкій просторъ для всякаго рода злоупотребленій и прежде всего для притѣсненія населенія поборами. Размѣръ кормовъ, порядокъ ихъ взиманія устанавливался обычаемъ. Для огражденія населенія отъ излишнихъ сборовъ обычай облакался въ писанную форму въ грамотахъ намѣстничьяго управленія. Уставныя грамоты намѣстничьяго управленія были не столько инструкціями центральнаго правительства для мѣстныхъ агентовъ власти, сколько актами огражденія населенія отъ злоупотребленій должностныхъ лицъ¹⁾. Злоупотребленія выражались, главнымъ образомъ, въ излишнихъ поборахъ съ населенія, въ лихоимствѣ (хотя

¹⁾ См. Н. П. Загоскинъ. Уставныя грамоты XIV—XV в., опредѣляющія порядокъ мѣстнаго правительственнаго управленія, стр. 54—55.

этого термина въ грамотахъ еще нѣтъ) и лихоимство является, такимъ образомъ, первымъ наиболѣе старымъ, такъ сказать, исконнымъ преступленіемъ должностныхъ лицъ. Это наше—«*crimen regum peretundagum*», требовавшее отъ власти не менѣе упорной и оказавшейся не болѣе успѣшной по своимъ результатамъ борьбы, чѣмъ и его римскій прототипъ¹⁾. Грамоты перечисляютъ съ достаточной подробностью, когда, за что и въ какомъ размѣрѣ можетъ брать себѣ кормы намѣстникъ. Выходъ изъ указанныхъ границъ: «а черезъ сю мою грамоту кто что на нихъ возьметъ или чѣмъ изобидитъ»—влечетъ невыгодныя для нарушителя послѣдствія: «быти тому отъ меня, отъ великаго князя, въ казнѣ»²⁾.

Содержаніе и характеръ многочисленныхъ дошедшихъ до насъ уставныхъ грамотъ намѣстничьяго управленія довольно однообразны; онѣ различаются между собою лишь частностями³⁾.

Главное злоупотребленіе, о которомъ онѣ считаютъ нужнымъ говорить и съ которымъ считаютъ нужнымъ

¹⁾ Принципу кормленія, опредѣлявшему всю сущность отношеній власти къ народу въ княжеской Руси,—замѣчаетъ К. Анциферовъ,—принадлежитъ важная роль въ судьбахъ отечественнаго законодательства «о вѣточничествѣ».—К. Анциферовъ. Вѣточничество въ исторіи русскаго законодательства (Жур. гр. и уг. права, 1884 г. кн. II, стр. 19).

²⁾ См. Устав. Вѣлозерская грамота 1488 г. мартъ. Христоматія по ист. рус. права, проф. Владимірскаго-Буданова, вып. II, стр. 72—80.

³⁾ Загоскинъ (ук. соч.) указываетъ слѣдующія мѣры обезпеченія населенія отъ самовласти и злоупотребленій со стороны мѣстныхъ управителей:

1. Запрещеніе брать кормы и поборы въ размѣрѣ болѣе, противъ опредѣленнаго.
2. Мѣры, обезпечивающія жителей отъ притѣснительныхъ дѣйствій административныхъ лицъ, приглашаемыхъ на пиры и братчины.
3. Мѣры, обезпечивающія населеніе отъ корыстолюбія и притѣсненій со стороны мѣстнаго управленія во время разѣздовъ ихъ по округу.
4. Запрещеніе лицамъ мѣстнаго управленія заниматься торговлей и рыболовствомъ въ ущербъ интересамъ населенія.
5. Запрещеніе лицамъ мѣстнаго управленія травить стадами своими поля обывателей. Вып. II (стр. 13—16).

боротся, это отягченные выше излишние поборы и затѣмы «посулы». Всѣ остальные возможные способы злоупотреблений объемлются общимъ понятіемъ «обида» отъ наместниковъ, волостелей, отъ тиуновъ и доводчиковъ.

Материалъ, накопившійся въѣковой практикой изданія грамотъ, легъ въ основаніе первыхъ законодательныхъ сборниковъ Московскаго государства—Судебниковъ великокняжескаго и царскаго. Одушевленное идеей централизаціи Московское правительство стремилось осуществить свою заветную мечту объединенія прежде всего въ той области, которая, казалось, была для этого болѣе подготовленной всѣмъ ходомъ предшествующихъ законодательныхъ актовъ,—области судебного строя. Для достиженія этой цѣли были изданы Судебники, содержаніе которыхъ стоитъ въ тѣсной связи съ предшествующими уставными грамотами. Объединяя судебный строй и устанавливая условія для дѣятельности судебныхъ органовъ, Московскій законодатель все время имѣлъ въ виду порядки уставныхъ грамотъ:—«а имати ему съ суда оже доищется ищя своего, и ему имати на виноватомъ противень по грамотамъ, то ему и съ тиуномъ; а не будетъ гдѣ грамоты, и ему имати противу исцева...»; «а доводчику имати хоженое и ѣздъ и правда по грамотѣ»; «а досудятся до поля да помирятся, и ему имати по грамотѣ, а побіются на полѣ, и ему имати вина и противень по грамотѣ»¹⁾

¹⁾ См. Судебникъ, 1497 г. ст. 38, 44. Въ виду такой тѣсной связи Судебниковъ съ грамотами едва ли можетъ быть признано правильнымъ ихъ обособленіе, допущенное г. Андиферовымъ, по мнѣнію котораго «исторія общенациональнаго законодательства о вѣсточничествѣ начинается съ княжескаго Судебника (1497 г.)». — См. К. Андиферовъ, уѣ. ст. стр. 19. Нѣсколько преувеличенной представляется и оцѣнка Судебниковъ, даваемая Неклюдовымъ въ прилож. къ перев. учебника Вернера: «Явившись защитниками потребностей земства, Судебники представляются намъ первымъ и послѣднимъ изъ земскихъ Могикановъ; въ ряду карательныхъ уложеній. Судебникъ Царя и Князя—это первый и послѣдній чисто уголовно-земскій уставъ; послѣдняя свѣтлая вспышка Прозногата... (Прилож. III, стр. 184).

Такимъ образомъ, съ изданіемъ законодательнаго сборника, имѣющаго обще-государственное значеніе, не отмѣнялись нормы мѣстнаго характера, содержащіяся въ уставныхъ грамотахъ.

Недалеко отъ грамотъ отошли Судебники и во взглядѣ на возможные злоупотребленія должностныхъ лицъ. Они также прежде всего обращаютъ вниманіе на самую элементарную форму злоупотреблений—лихоимство. Правда, объ этомъ злѣ нельзя было и забыть: печальная дѣйствительность слишкомъ громко объ этомъ говорила. Немудрено по этому, что законодательный актъ, имѣвшій въ виду уложить о судѣ, «какъ судить бояромъ и окольнымичмъ», отерывается наставленіемъ: «судити судъ бояромъ и окольнымичмъ, а на судѣ быти у бояръ и у окольныхчхъ дякомъ, отъ суда и отъ печалованія не имати, такожь и всякому судѣ посула отъ суда не имати никому; а судомъ не мстити, ни дружити никому». Запретъ взимать тамъ, гдѣ это не допустимо, и брать лицевое тамъ, гдѣ размѣръ сборовъ точно установленъ, словомъ, запретъ «посуловъ» и запретъ лихоимства выдвигались въ Судебникахъ въ первую очередь. Объ этомъ они не только упоминаютъ не однократно¹⁾, но считаютъ необходимымъ «прекликать по торгамъ» (ст. 67). Принятіе такой мѣры свидѣтельствуетъ, на сколько глубоко вошелъ въ народное сознаніе обычай посуловъ; едва ли не впервые законодатель считаетъ необходимымъ объявить всенародно, что онъ незаконенъ, что онъ подлежитъ запрету.

Но принимая рѣшительныя мѣры для борьбы со зломъ, пустившимъ слишкомъ глубокіе корни, законодатель почему-то не счелъ нужнымъ закрѣпить свои запреты какой либо санкціей: «а мѣтъ въ велико-княжескомъ Судебникѣ...»

¹⁾ См. ст.ст. 29, 31, 38, 34, 36, 37 Судеб. великокняжескаго.

жескомъ судебникѣ. Не слѣдуетъ однако думать, что ея не было и въ дѣйствительной жизни. Если она была упомянута въ грамотахъ, она должна была остаться и позднѣе, и дѣйствительно Судебникъ Царскій говоритъ о ней уже опредѣленно¹⁾. Вообще слѣдуетъ замѣтить, что Царскій Судебникъ въ обрисовкѣ должностныхъ преступленій сдѣлалъ значительный шагъ впередъ сравнительно съ предшествующими законодательными актами. Кромѣ отмѣченныхъ въ предыдущихъ законодательныхъ памятникахъ посуловъ и лихоимства, ему извѣстны: отказъ въ правосудіи, служебный подлогъ, нарушение предѣловъ вѣдомства и несоблюденіе нѣкоторыхъ формъ канцелярскаго дѣлопроизводства, влекущее за собою для нарушителей невыгодныя послѣдствія, и друг. Царскій Судебникъ обращаетъ особое вниманіе на охрану интересовъ праваго суда, поэтому и принятіе посуловъ или взяточничество въ собственномъ смыслѣ слова онъ предусматриваетъ въ связи съ неправосудіемъ (ст. 3), подлогомъ въ судебномъ протоколѣ (ст. 4), съ поновровкой (ст. 53) и назначаетъ за него взысканія сообразно съ положеніемъ виновнаго: чѣмъ это положеніе выше, тѣмъ слабѣе отвѣтственность и наоборотъ (ст.ст. 3, 4, 5, 32, 53).

Отвѣтственность за принятіе посуловъ, благодаря тому, что дѣяніе это обычно сопровождалось нарушеніемъ интересовъ правосудія, была выше, чѣмъ отвѣтственность за лихоимство, послѣдствіемъ котораго было чаще всего взысканіе тройнаго лишка (ст.ст. 8, 9, 10, 11, 33, 39, 42, 74). Отдѣльно были предусмотрѣны Царскимъ Судебникомъ отказъ въ правосудіи (ст. 7: «управы не учинили» —

¹⁾ По мнѣнію г. Анциферова, отсутствіе санкціи не мѣшало взяточничеству быть дѣяніемъ не только наказуемымъ, но и наказуемымъ весьма сурово. Онъ выводитъ это не только изъ факта запрета взяточничества и всенароднаго объявленія объ этомъ запретѣ, но и изъ личныхъ свойствъ государя. См. указ. ст. стр. 21—22.

«быти отъ государя въ опалѣ») и превышеніе предѣловъ вѣдомства (ст. 66, 67, 71).

Всѣ другія возможные злоупотребленія должностныхъ лицъ объемлются въ Судебникѣ, какъ и въ грамотахъ, терминомъ «обида». Впрочемъ, онъ знаетъ еще рядъ проступковъ низшихъ исполнительныхъ органовъ суда: ѣздоковъ и недѣльщиковъ (ст. 44, 47, 48) и допущеніе неточностей въ судебномъ протоколѣ со стороны судьи и судныхъ мужей (ст. 69).

Постановленія Судебниковъ, специально по вопросу о взяточничествѣ, нашли себѣ оцѣнку въ цитированной выше работѣ г. Анциферова. По мнѣнію Анциферова, эпоха Судебниковъ опередила свое время и своему законодательству дала такой характеръ и смыслъ, который превышалъ тогдашнее пониманіе. Анциферовъ находитъ, что уже въ самомъ началѣ исторіи нашего законодательства о взяточничествѣ опредѣлилась черта вполне своеобразная, заключающаяся въ возведеніи взяточничества до значенія тяжкаго дѣянія, обложеннаго наказаніями, неимѣющими характера специальныхъ служебныхъ наказаній. Эта своеобразная черта есть только частное выраженіе цѣлой политической и социальной системы, усвоенной Московскимъ государствомъ и выдвинутой на борьбу съ началами княжескаго періода. Оцѣнивая законодательство Судебниковъ, Анциферовъ находитъ, что уже во второй половинѣ XVI вѣка у насъ выработалась идея объ общественной должности, отправляющей свои обязанности и дѣйствующей не на себя и даже не на князя, а на государство. Субъектъ лихоимства, говоритъ онъ, опредѣлился въ точности. Опредѣлилось и понятіе этого преступления. Вытекши изъ понятія о злоупотребленіяхъ въ кормленіи, изъ превышенія нормъ, установленныхъ для кормленщиковъ, оно вылилось въ понятіе незаконнаго полученія

доходовъ должностными лицами за дѣйствія, которыя они обязаны совершать по долгу службы ¹⁾).

Несомѣнно, что въ этой оцѣнкѣ Судебниковъ многое преувеличено и потому не точно. Въ законодательствѣ о взяточничествѣ, какъ справедливо замѣтилъ Н. С. Таганцевъ, въ засѣданіи Юридическаго Общества, посвященномъ докладу Андиферова, не столь существенно возвышеніе или пониженіе наказаній за взятки, сколько то обстоятельство, какой изъ двухъ элементовъ преобладаетъ въ системѣ: а) вредъ службы государственной или б) вредъ отъ взятокъ частнымъ лицамъ и интересамъ. Когда преобладаетъ государственная точка зрѣнія, то на первый планъ выдвигается «посулъ» или «мздоимство»; когда становится преобладающимъ частный элементъ, то впередъ выдвигается вымогательство и въ особенности судебное взяточничество ²⁾).

Если принять во вниманіе, что въ основѣ многихъ постановленій Судебниковъ лежали жалованныя грамоты, а эти послѣднія имѣли въ виду обезпеченіе интересовъ населенія отъ притѣсненія намѣстниковъ, то необходимо признать, что, преслѣдуя взяточничество, законодатель имѣлъ въ виду прежде всего охрану интересовъ частныхъ лицъ. Равнымъ образомъ, едва ли возможно говорить, что уже въ половинѣ XVI вѣка у насъ опредѣлилось понятіе лихоимства. Прежде всего самый терминъ лихоимства въ законодательствѣ появился лишь въ XVIII в., а до тѣхъ поръ законодательство говорило о взиманіи «посуловъ», о взиманіи «лишка», главнымъ образомъ, при отправленіи правосудія. Такимъ образомъ, взяточничество, какъ самостоятельный проступокъ, противъ интересовъ государственной службы Судебникамъ

¹⁾ См. указ. ст. стр. 36, 23, 26.

²⁾ Жур. Гр. и Угол. права. 1884 г. кн. IV, Приложеніи, стр. 149.

не былъ извѣстенъ, какъ не былъ извѣстенъ и Соборному Уложенію. И это вполне понятно, ибо въ XVI в. самая идея общественной должности еще не получила своего развитія. Начало кормленія отъ дѣлъ официально признавалось въ теченіе всего XVII вѣка, съ этимъ началомъ приходилось не только считаться, но и бороться въ теченіе почти всего XVIII вѣка ¹⁾).

Намѣстниковъ и волостелей, о которыхъ говорили грамоты и Судебники, смѣнили органы выборнаго земскаго самоуправленія и затѣмъ въ XVII вѣкѣ воеводы, но эти реформы въ организаціи внутренняго управленія не сократили злоупотребленій. Казалось, вся система московскаго управленія питала злоупотребленія должностныхъ лицъ и способствовала ихъ развитію. Хотя въ XVII в. кормленщики существуютъ только въ видѣ исключенія, но въ дѣйствительности воеводы XVII в. продолжаютъ попрежнему питаться отъ должности. Центральному правительству это не только извѣстно, но оно само считается съ доходностью должности при ея замѣщеніи ²⁾. Картина сборовъ на воеводство, нарисованная историкомъ С. М. Соловьевымъ, къ сожалѣнію, не преувеличеніе, а точное воспроизведеніе дѣйствительности ³⁾.

¹⁾ Вслѣдствіе переоцѣнки постановленій о взяточничествѣ Судебниковъ, К. Андиферовъ находитъ, что Соборное Уложеніе въ отношеніи взяточничества отступило отъ началъ Судебниковъ и отступило неудачно. См. ук. ст. стр. 30, 82.

²⁾ Сергѣевичъ. Юридическія древности, I, кн. 2, стр. 341.

³⁾ Соловьевъ. Исторія Россіи, изд. Общ. Польза, кн. III, 699. Дѣйствительное подтвержденіе того, что за два столѣтія, отдѣляющія воеводъ отъ намѣстниковъ, ничего не измѣнилось, мы находимъ у М. М. Богословскаго, по словамъ котораго любая «издержечная» расходная книга земскаго старосты тотчасъ же переноситъ насъ при ея чтеніи, какъ бы вновь въ эпоху намѣстничьихъ и водостельныхъ, петровскихъ, рождественскихъ и великодневныхъ кормовъ (Земское самоуправленіе на русскомъ сѣверѣ, т. II, стр. 283—284). Такіе порядки существовали, несмотря на указъ 1620 г., которымъ воеводамъ и приказнымъ строго запрещалось не только прямо брать кормы, но и косвенно, заставляя жителей дѣлать камія-бытъ и было

Злоупотребленія органовъ власти были многочисленны и разнообразны. Они чинились и за счетъ мѣстнаго населенія и за счетъ интересовъ государства; выборъ способа наживы зависѣлъ отъ личнаго вкуса и усмотрѣнія воеводъ. Наказы воеводамъ давали въ этомъ отношеніи большой просторъ, такъ какъ, наряду съ строгими предписаніями держаться точно данной инструкціи, центральное правительство считалось заранѣе съ возможностью отступленія отъ требованій наказа: «Буде въ сихъ вышеписанныхъ статьяхъ что явится въ нынѣшнему дѣлу и времени ко исправленію несогласно, и чего будетъ дѣлать немочно и казнѣ убыточно, а всякаго чина людямъ тягостно, и воеводамъ съ товарищи въ тѣхъ статьяхъ чинить по своему правому разсмотрѣнію, какъ бы казнѣ было прибыльнѣе, и людямъ не въ разореніе, безъ всякаго пристрастія, памятуя страхъ Божій и крестное цѣлованіе»¹⁾.

Одни изъ воеводъ пользовались своимъ властнымъ положеніемъ, чтобы кормиться сытно за счетъ мѣстнаго населенія. Другіе предпочитали жить съ населеніемъ въ мирѣ и за щедрыя подношенія освобождать его отъ несеенія государственнаго тягла. Но бывали случаи одновременнаго пользованія тѣмъ и другимъ способомъ, т. е. утѣсненія населенія и одновременнаго обмана центрального правительства²⁾. По цѣлымъ годамъ они не присылали требуемыхъ изъ Москвы донесеній, отчетовъ и денегъ, оставляли указы безъ исполненія и даже били присланныхъ съ царскими грамотами, верстали на службу

надѣляя, пахать ихъ землю или косить траву на воеводскихъ лугахъ. Въ 1621 г. это запрещеніе повторено, а жителямъ предоставлено даже право не повиноваться незаконнымъ требованіямъ. См. К. Андиферовъ, ук. соч. стр. 27.

¹⁾ Наказы Тобольскимъ воеводамъ. П. С. З. № 1594.

²⁾ Градовскій. Собрание соч. т. II, стр. 467.

незаконнымъ образомъ, не производили слѣдствій по преступнымъ дѣяніямъ, вступались въ дѣла, неподлежащія ихъ вѣдѣнію. Воеводы забирали себѣ часть казенныхъ доходовъ и выдаваемого жалованія или выдавали жалованье впередъ за нѣсколько лѣтъ и брали за это деньги со служилыхъ людей. Съ жителей уѣзда воеводы брали кормы, посулы, поминки. Каждый налогъ служилъ поводомъ для лихоимства и каждый приказный человекъ кормился отъ дѣлъ своихъ. Однимъ изъ главныхъ источниковъ дохода было задержаніе торговыхъ людей на пути, чтобы заставить ихъ поплатиться, при чемъ воеводы не останавливались передъ открытымъ насилиемъ. Особенно велики злоупотребленія были въ Сибири, гдѣ дальность разстоянія и трудность сообщенія давали болѣе простора произволу и самовластью¹⁾. Но если многочисленны и разнообразны были злоупотребленія различныхъ правительственныхъ агентовъ власти, то нелегче приходилось населенію и отъ своего брата—избраннаго органа власти. «Жалобы на волостныхъ судей,—замѣчаетъ г. Богословскій,—документъ, попадающійся въ архивахъ управлявшихъ Поморьемъ приказовъ не менѣе часто, чѣмъ жалобы судей на общество». Поводомъ для жалобъ являлись отказъ въ правосудіи, волокита, указанія на отсутствіе безпристрастія у волостныхъ судей, на ихъ «поноровку» противной сторонѣ, вызванную корыстными побужденіями или близкими отношеніями²⁾.

¹⁾ Яркіе примѣры этихъ злоупотребленій собраны у Чичерина Областные учрежденія въ Россіи въ XVII в., стр. 310 и слѣд. и у другихъ исследователей нашего прошлаго.

²⁾ Авторъ указываетъ, что населеніе мелкихъ сѣверныхъ волостей, та среда, изъ которой выбирались и въ которой дѣйствовали земскія судейки, вся была переплетена запутанными нитями родства и свойства, знакомства, дружбы и вражды... Вотъ почему земскій волостной судья, опутанный сѣтью родственныхъ отношеній, не могъ удерживаться, чтобы въ свою публичную служебную дѣятельность не вносить частныхъ родственныхъ интересовъ, которые онъ хорошо помнилъ и свято соблюдалъ. обяза-

Наряду съ жалобами на пристрастіе встрѣчаются также указанія на превышеніе власти и другія злоупотребленія судей.

Печальная дѣйствительность административной практики нашла себѣ частичное отраженіе въ Соборномъ Уложеніи и въ послѣдующихъ узаконеніяхъ.

Соборное Уложеніе 1649 г. не только усвоило матеріаль предшествоващаго законодательства, но и дало ему дальнѣйшее развитіе. Ему извѣстны должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ и общія преступленія, учиненныя должностными лицами. Постановленія объ этихъ преступныхъ дѣяніяхъ содержатся въ двухъ главахъ: VII—о службѣ всякихъ ратныхъ людей Московскаго государства и гл. X—о судѣ; въ первой изъ этихъ главъ говорится о ратныхъ людяхъ, во второй—о служилыхъ приказныхъ людяхъ.

Среди должностныхъ преступленій первое мѣсто занимаетъ неправосудіе. Да это и понятно: Соборное Уложеніе было издано, «чтобы Московскаго государства всякихъ чиновъ людямъ отъ большаго чина и до меньшаго, судъ и расправа была во всякихъ дѣлахъ всемъ ровна». Отправленіе правосудія составляло главную задачу почти каждаго административнаго органа и эта обязанность открывала вмѣстѣ съ тѣмъ наиболѣе широкую возможность для злоупотребленій.

тельство „другу не дружить“, а „недругу не мстить“, прописываемое въ судейскихъ избирательныхъ спискахъ, оставалось не болѣе, какъ прописной моралью, легко забывавшейся, коль скоро въ судѣ заговаривало то или другое, дружественное или враждебное чувство, предъ которымъ замолкало чувство гражданского долга. Съ другой стороны въ томъ маленькомъ міркѣ, какимъ была сѣверная волость, невозможно было выбрать судью, который бы не оказался родственникомъ или свойственникомъ кому либо изъ тяжущихся, „своимъ человекомъ и кумомъ подкрестнымъ“, по заявленію одной челобитной, или своякомъ— „за нимъ сестренка родная, какъ ему не поровить свояку“, по жалобѣ другой. Богословскій. Земское самоуправленіе на русскомъ сѣверѣ, т. II, стр. 251—252.

Гл. X улож. открывается запретомъ неправосудія: «всякая расправа дѣлати всемъ людямъ Московскаго государства, отъ большаго и до меньшаго чину вправду... и расправа дѣлати по Государеву указу вправду, а своимъ вымысломъ въ судныхъ дѣлахъ по дружбѣ и по не дружбѣ ничего не прибавливати, и ни въ чемъ не убавливати, и ни въ чемъ другу не дружити, недругу не мстити, и никому ни въ чемъ ни для кого не нарочити, дѣлати всякія государевы дѣла не стыдися лица сильныхъ и избавляти обидащаго отъ руки неправеднаго». Не довольствуясь этимъ общимъ запретомъ неправосудія, въ дальнѣйшемъ Уложеніе предусматриваетъ отдѣльные случаи его и указываетъ ихъ послѣдствія. Такъ оно знаетъ неправосудіе боярина, окольничьяго, думнаго человека, дьяка или иного судьи (X, 5), неправосудіе воеводы, дьяка и всякихъ приказныхъ людей (X, 6), неправосудіе патриаршихъ приказныхъ людей (XII, 2). Съ внѣшней стороны неправосудіе должно выражаться въ обвиненіи праваго и оправленіи виноватаго (X, 5); въ качествѣ мотивовъ, побуждающихъ къ такого рода дѣйствіямъ, Уложеніе указываетъ посулы, дружбу или недружбу (X, 5); такъ что взяточничество здѣсь также карается въ связи съ нарушеніемъ интересовъ правосудія. Отвѣтственность за неправосудіе зависѣла отъ ранга судей: думные чины лишались чести, недумные подвергались торговой казни и отстранялись отъ должности («впредь имъ у дѣла не быти») (X, 5, 6, XII, 2); кромѣ того на нихъ же падала уплата штрафа и судебныхъ издержекъ: «на тѣхъ судьяхъ взяти истцовъ искъ втрое и отдати истцу, да и пошлины и пересудъ и правый десятокъ взяти на Государя на нихъ же» (X, 5).

Кромѣ неправосудія умышеннаго, «вызываемаго корыстными или иными мотивами, Уложеніе знаетъ неправосудіе неумышенное «безъ хитрости»: «а будетъ кто-

рый Бояринъ или Окольничей или Думный человѣкъ Дьякъ или кто ни буди судія, просудится и обвинить кого не по суду безъ хитрости» (X, 10). Этотъ видъ не-правосудія является новымъ, неизвѣстнымъ предшествующему законодательству. Новостью, не въ смыслѣ житейской практики конечно, а въ смыслѣ законодательной нормировки, является взиманіе посуловъ черезъ подставныхъ лицъ (X, 7), о чемъ молчали предшествующіе памятники, но что, очевидно, вошло въ жизненный обиходъ въ цѣляхъ лучшаго сокрытія своей виновности¹⁾. Судья, уличенный въ принятіи посуловъ черезъ подставныхъ лицъ, отвѣчалъ такъ же, какъ и принимающій эти посулы непосредственно (X, 7); объ отвѣтственности же посредниковъ законъ умалчиваетъ.

Неправосудіе—дѣяніе, доступное лишь судьямъ, т. е. органамъ, непосредственно отправлявшимъ правосудіе. Низшіе органы, состоящіе при судѣ, имѣютъ возможность оказывать покровительство тяжущимся и тѣмъ способствовать вынесенію неправаго рѣшенія, «наровить въ судномъ дѣлѣ». Эта поновровка въ судномъ дѣлѣ, выражавшаяся въ показываніи суднаго дѣла кому либо изъ тяжущихся, признавалась преступною и сопровождалась для виновнаго дьяка или подъячаго наказаніемъ кнутомъ и отставленіемъ отъ должности (X, 13). Если же поновровка выразилась въ подлогѣ судебныхъ протоколовъ, подлогѣ, вызванномъ посулами, дружбою или недружбою, учиненномъ подъячимъ по распоряженію дьяка, то дьяку за это грозила торговая казнь («бити кнутомъ») и отста-

¹⁾ По свидѣтельству Котошихина: «Не во что есть ихъ вѣра и закланательство; и наказанія не страшатся, отъ прелести очей своихъ и мысли содержать не могутъ и руки свои ко взятію скоро допускаютъ, хотя не сами собой, однако по задней лѣстницѣ, чрезъ жену, или дочь, или сына, и не ставятъ того себѣ въ взятые посулы, будто про то и не вѣдаютъ» (VII, 38).

вленіе отъ должности («во дьяцѣхъ не быти»), а подъячему—отсѣченіе руки (X, 12). Къ посягательствамъ на интересы правосудія относилась также судебная волокита, вызываемая корыстными побужденіями: «судныхъ дѣлъ не вершити для своей жорысти»; отвѣтственность за нее—абсолютно неопредѣленная: «что Государь укажетъ» (X, 15).

Таковъ кругъ преступныхъ дѣяній, нарушающихъ интересы правосудія: охранѣ ихъ Уложеніе удѣляетъ первенствующее мѣсто и только въ связи съ нарушеніемъ этихъ интересовъ говоритъ о взяточничествѣ, которое не имѣетъ здѣсь самостоятельнаго значенія. «Не правда взяточничества, говоритъ К. Анциферовъ,—исчезла изъ Уложенія; она утонула въ подлогѣ, неправосудіи, медленности»¹⁾.

Другое преступное дѣяніе, которому памятники предшествующаго времени удѣляли большое вниманіе,—лихоимство въ Уложеніи упоминается лишь въ отношеніи болѣе низшихъ служащихъ: отмѣчается случай взиманія сборовъ или взиманіе въ большемъ размѣрѣ; такъ мытчики, перевозчики, мостовщики, взимавшіе мыто, перевозъ и мостовщину со служилыхъ людей и съ ихъ людей и запасовъ (IX, 2, 3) и недѣльщики, взимавшіе лишнее хоженое (X, 146); подлежали отвѣтственности: первые—наказанію кнутомъ и штрафу въ размѣрѣ тройного сбора неправильно полученнаго, а недѣльщики—битью батогами «нещадно»; неправильно полученное возвращалось челобитчику; въ случаѣ повторенія даннаго проступка во второй и третій разъ недѣльщика били кнутомъ и устраняли отъ должности недѣльщика.

Болѣе развитая техника управления Московскаго государства способствовала возникновенію и болѣе разно-

¹⁾ См. также К. Анциферовъ, указ. ст., стр. 33, 34, 36.

образныхъ видовъ злоупотребленій со стороны должностныхъ лицъ. Дѣйствительно, въ Уложеніи мы находимъ обширную серію разнообразныхъ проступковъ должностныхъ лицъ, неизвѣстныхъ ранѣ, какъ-то:

1) затѣйное ложное челобитіе пристава и понятыхъ о нанесенныхъ якобы имъ побояхъ, о безчестіи, насиліи (X, 143); виновные въ этомъ подлежали наказанію кнутомъ и штрафу въ пользу Государевой казны въ размѣрѣ по два рубля за каждого, неправильно ими обвиненнаго;

2) выпускъ приставами приводныхъ людей (X, 271); пристава, не отыскавшіе отпущенныхъ, обязаны были возмѣстить причиненный имущественный вредъ, а въ случаѣ невозможности должны были быть отданы головою истцамъ до искупу;

3) промедленіе или задержка воеводами выдачъ проѣзжихъ грамотъ, вызвавшихъ простой и убытки; виновный воевода подлежалъ великой опалѣ и возмѣщенію убытковъ въ двойномъ размѣрѣ (VI, 2);

4) отказъ судьи отъ исполненія своихъ обязанностей: «не учнеть ѣздить съ приказъ своимъ упрямствомъ»; виновный судья подлежалъ отвѣтственности по Государеву указу (X, 24);

5) просрочки съ представленіемъ поручныхъ записей; виновный въ томъ приставъ подвергался въ первый разъ наказанію батогами «нещадно», а при упорствѣ и непредставленіи записей послѣ наказанія — отставленію отъ дѣла и отъ должности (X, 123); на него же падала уплата судебныхъ издержекъ;

6) непредставленіе судьей поручныхъ записей при пересмотрѣ дѣла въ Москвѣ; невыполнившій этой формальности судья обязанъ былъ уплатить по иску, судебныя пошлины и проѣсти правой сторонѣ (X, 131);

7) незапись подъячимъ праваго дѣла въ книгу съ

цѣлью покорытоваться пошлинами; уличенный въ этомъ впервые подлежалъ наказанію кнутомъ у приказа при многихъ; во второй разъ ему грозило битіе кнутомъ по торгамъ, отставка изъ подъячихъ и ссылка въ украинные города (X, 129);

8) воеводы, дѣяки и всякіе приказные люди, уличенные въ причиненіи городскимъ и уѣзднымъ всякихъ чиновъ людямъ продажъ и убытковъ, обязывались лишь къ возмѣщенію вреда въ пользу потерпѣвшихъ и кромѣ того платили пеню «что Государь укажетъ смотря по дѣлу» (X, 150).

Таковы преступныя дѣянія приказныхъ служилыхъ людей, предусмотрѣнныя Уложеніемъ.

Другую обширную группу преступныхъ дѣяній, появляющуюся впервые въ Уложеніи, составляютъ различныя преступныя дѣянія ратныхъ людей. Уложеніе предусматривало бѣгство ратнаго человѣка со службы до отпуска и устанавливало наказаніе въ зависимости отъ того, въ который разъ ратный человѣкъ убѣгалъ: въ первый разъ ему угрожало битіе кнутомъ, во второй — кромѣ битія кнутомъ убавленіе помѣстнаго оклада на 50 четвертей и штрафъ въ размѣрѣ одного рубля со 100 четвертей помѣстнаго оклада; за бѣгство въ третій разъ виновный, кромѣ наказанія кнутомъ, подлежалъ лишенію помѣстья (VII, 8). Бѣжавшіе со службы иноземцы, кормовые люди, стрѣльцы, казаки и даточные подвергались за побѣгъ жестокому наказанію кнутомъ и принудительному возврату на службу въ полки (VII, 9). Бояре и воеводы за отпускъ безъ Государева указа ратныхъ людей (VII, 10, 11), а сотенные головы и безъ вѣдома воеводы (VII, 16) подлежали отвѣтственности: бояре и воеводы — жестокому наказанію, что Государь укажетъ, а сотенные головы — наказанію батогами и тюремному заключенію; вина ихъ сказывалась «при живо-

гихъ ратныхъ людяхъ». Наиболѣе тяжкимъ случаемъ уклоненія отъ ратной службы былъ побѣгъ съ боя служилаго человѣка (VII, 19); за этотъ тяжкій проступокъ «изъ помѣстныхъ ихъ и изъ денежныхъ окладовъ убавити половина; да у нихъ же изъ помѣстей ихъ взяти на Государя половину же, да имъ же за то чинити наказаніе, бити кнутомъ нещадно». Еще болѣе суровая кара ожидала измѣнника («измѣною изъ полковъ переѣзжати въ непріятельскіе полки и въ непріятельскихъ полкахъ сказывати про вѣсти и про государевыхъ ратныхъ людей»); онъ наказывался смертью черезъ повѣшеніе противъ непріятельскихъ полковъ и отобраніемъ на Государя всѣхъ помѣстій, вотчинъ и животныхъ (VII, 20).

Кромѣ этихъ должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ Уложеніе предусматриваетъ нѣкоторые виды общихъ преступленій, учиненныхъ ратными и служилыми людьми; такъ оно говоритъ объ учиненіи ратными людьми, отправляющимися на службу, насильства; они подлежали отвѣтственности, смотря по винѣ, и кромѣ того обязаны были возмѣстить причиненный вредъ (VII, 6); если это насильство сопровождалось «смертнымъ убійствомъ» и направлялось противъ женщинъ, оно каралось смертной казнью (VII, 30); смертной же казнью карался наѣздъ служилаго человѣка на чужой станъ «по недружбѣ, наряднымъ дѣломъ, для задору», если этотъ наѣздъ сопровождался убійствомъ, пораненіемъ или ограбленіемъ; въ остальныхъ случаяхъ («рукою ударить», «словомъ кого обезчестить», «грабежемъ что возьметъ») наказаніе опредѣлялось, смотря по винѣ (VII, 32); въ случаѣ причиненія служилыми людьми убытковъ—«имати хлѣбные запасы и конскіе кормы насильствомъ, грабити, или дворы и огороды, гдѣ они стоятъ, начнутъ пустошити»—причищенные убытки взыскивались въ двойномъ размѣрѣ (VII, 22); такое же послѣдствіе наступало для

ратныхъ людей, которые «лошадьми хлѣбъ потравятъ и вытолчатъ, или какой хлѣбъ пожавъ сvezутъ къ себѣ на станы лошадямъ на кормъ»; помимо обязанности возмѣстить причиненный ущербъ въ двойномъ размѣрѣ виновные подлежали наказанію «по разсмотрѣнію» (VII, 24). Обязанность возмѣщенія вреда въ двойномъ размѣрѣ падала на того служилаго человѣка, который покупалъ хлѣбные запасы и конскіе кормы по указной цѣнѣ, при достаточности своихъ запасовъ и кормовъ (VII, 25). Кража «на службѣ въ полкахъ» ружья была обложена наказаніемъ кнутомъ (VII, 28), а кража лошади на службѣ—отсѣченіемъ руки (VII, 29).

Такимъ образомъ, въ Соборномъ Уложеніи количество должностныхъ преступленій значительно возросло; появился рядъ новыхъ преступныхъ дѣяній, связанныхъ, главнымъ образомъ, съ отправленіемъ военной службы. Усложненіе техники управленія способствовало появленію нѣкоторыхъ новыхъ видовъ преступныхъ дѣяній. Послѣ Соборнаго Уложенія развитіе отечественнаго законодательства и въ частности законодательства о должностныхъ преступленіяхъ шло путемъ изданія сепаратныхъ указовъ, дополнявшихъ, развивавшихъ и замѣнявшихъ положенія, содержащіеся въ Уложеніи.

Уложеніе, какъ мы видѣли, связывало взяточничество съ неправосудіемъ и почти умалчивало о взяточничествѣ при выполненіи какихъ либо другихъ служебныхъ обязанностей. Этимъ пробѣломъ можно объяснить появленіе именного указа, сказаннаго передъ Разрядомъ кн. Александру Краноткину и дьяку Ивану Семенову о наказаніи ихъ за взятки. Вина этихъ лицъ, по словамъ указа, сводилась къ тому, что одинъ изъ нихъ, кн. Краноткинъ, взялъ съ Гороховлянъ 150 руб. «посулу» за освобожденіе отъ записи въ гостинную сотню; другой—дьякъ Семеновъ, очевидно, за содѣйствіе этому освобож-

денію взять себѣ посулу бочку вина, «а денегъ имъ (Гороховлянамъ) за то не платилъ, и послѣ того съ нихъ же просилъ денегъ тридцать рублей»; за это «воровство» виновные, по словамъ указа, «довелись смертной казни», но государь ихъ пожаловалъ, смертью казнить не велѣлъ, повелѣлъ виновныхъ «бить кнутомъ по торгамъ и отдать за пристава, чтобъ на то смотря впредь инымъ такимъ ворами и безстрашникамъ не повадно было воровать и посулы имать». Кроме того, по отношенію къ кн. Крапоткину примѣнена была специальная мѣра, имѣющая характеръ безчестящій: «да за тужъ твою вину указалъ Государь отца твоего и братью твою и тебя написать по Новгороду, да въ Разрядъ твое воровство указалъ Государь записать въ книгу: что ты воръ и посульникъ»¹⁾.

Другой указъ о наказаніи за взятки былъ вызванъ Вeneвцами, посадскими людьми, которые «выборныхъ своихъ таможенныхъ и кабацкихъ Бурмистровъ отъ сборовъ отставили за то, что имъ по ихъ старостину прошенію ничего не дали и выбрали на мѣста иныхъ, взяли за то съ нихъ 120 рублей». Указъ угрожалъ на будущее время за такое дѣяніе смертной казнью; въ данномъ же случаѣ виновнымъ т. е. и «тѣмъ людямъ, которые взяли деньги» и тѣмъ, «которые имъ тѣ деньги дали и накупились къ сборамъ» было предписано: «сказать смерть и положить на плаху и отъ плахи поднявъ бить вмѣсто смерти кнутомъ безъ пощады и сослать въ ссылку въ Азовъ на вѣчное житіе съ женами и дѣтьми и быть имъ на каторгахъ въ работѣ и о томъ объявить во всѣ города и села и волости къ земскимъ и таможеннымъ и кабацкимъ Бурмистрамъ и мірскимъ людямъ»²⁾.

Наконецъ, при изданіи писцового наказа, предвидя

¹⁾ П. С. З. I, 123—1654 г. апрѣля.

²⁾ П. С. З. III, 1722—1699 г. ноября 24; IV, 1819—1700 г. дек. 22.

возможность злоупотребленій со стороны межевщиковъ, законодатель счелъ нужнымъ огорить: «помѣстныхъ и вотчинныхъ и порозжія земли мѣрять и межевать по сему Великаго Государя указу и по наказу, въ правду по святой непорочной Евангельской заповѣди Господни, не наравя никому, ни въ чемъ, ни которыми дѣлы, и отъ того посуловъ и поминковъ не имать, чтобъ у помѣщичковъ и у вотчинниковъ впредь въ межахъ спору и челобитья никакого Великимъ Государемъ небыло». У уличеннаго въ злоупотребленіяхъ межевщика предписывалось: «взять половину помѣстья и вотчинъ, и роздать въ роздачу челобитчикамъ ...а будетъ за нимъ помѣстій и вотчинъ нѣтъ, и ему учинено будетъ наказаніе, бить кнутомъ»¹⁾.

Всѣ эти указы, вызванные неполнотою Уложенія, устанавливають отвѣтственность за взяточничество само по себѣ, независимо отъ нарушенія какихъ либо другихъ интересовъ, и отдѣляютъ это дѣяніе отъ неправосудія, съ которымъ оно до сихъ поръ было тѣсно связано.

II. Должностныя преступленія въ указномъ законодательствѣ до изданія Свода Законовъ.

Организація внутренняго управленія въ Московскомъ государствѣ не обезпечивала, по словамъ В. И. Сергѣевича, ни самостоятельности суда, ни подзаконности управленія, ни отвѣтственности правительственныхъ лицъ. Послѣдствія такого положенія дѣль въ формѣ разнообразныхъ злоупотребленій, имѣвшихъ мѣсто въ Московской Руси, сказывались и въ Россіи императорской. Злоупотребленія должностныхъ лицъ здѣсь также были многочисленны и разнообразны. «Презжее время съ его приказными мошенничествами, произволомъ и волокитею

¹⁾ П. С. З. II, 1013—1683 г. мая 20.

оставило глубокие слѣды, которые чувствовались долго и по смерти Петра, а при немъ и сановники, и болѣе мелкие чиновники были въ громадномъ большинствѣ случаевъ притѣснителями слабыхъ, казнокрадами, а подъ часъ и сущими разбойниками» ¹⁾).

Служилому классу трудно было отрѣшиться отъ вѣками сложившихся взглядовъ на службу, какъ на источникъ доходовъ; «кормленіе, срединенное съ злоупотребленіями, не казалось имъ порокомъ по существу; таковымъ оно являлось только съ точки зрѣнія царскихъ указовъ, т. е. съ внѣшней формальной стороны, сознанию же опредѣленнаго круга людей представлялось обычнымъ, зауряднымъ, естественнымъ явленіемъ» ²⁾).

Этотъ исконный взглядъ на государственную службу не былъ достояніемъ одного тѣсно замкнутого кружка родовитой служилой знати и ея потомства, онъ былъ усвоенъ весьма быстро тѣми широкими кругами людей, которымъ табель о рангахъ открыла доступъ къ власти. Въ ихъ лицѣ московскіе служилые люди нашли не только подражателей, но и предприимчивыхъ и находчивыхъ продолжателей: мѣнялись люди и внѣшняя форма, но сущность оставалась прежней, «мерзкое лакомство», «лихоимство» были наслѣдственными пороками русскаго служилаго человѣка.

Нельзя сказать, чтобы центральная власть не знала объ этомъ и не боролась со злоупотребленіями. Почти каждое царствованіе начинается призывами, обращенными къ администраціи, честно исполнять обязанности на благо и счастье подданныхъ. Въ Полномъ Собраніи Законовъ мы

¹⁾ Мрочекъ - Дроздовскій. Областное управленіе Россіи XVIII в. до учрежденія о губерніяхъ, ч. I, стр. 346.

²⁾ Грибовскій. Высшій судъ и надзоръ въ Россіи въ первую половину царствованія Императрицы Екатерины II, стр. 15. Богословскій. Областная реформа, стр. 282.

находимъ длинный рядъ мѣръ, направленныхъ на обезпеченіе начала законности во внутреннемъ управленіи. Съ помощью этихъ мѣръ власть стремилась построить и организовать институтъ государственной службы на здоровыхъ началахъ и предупредить возможные злоупотребленія. Въ эту эпоху складывается и окончательно формируется бюрократическій строй государства, на долго остающійся отличительнымъ признакомъ нашего государственнаго уклада. Помимо общихъ, болѣе крупныхъ реформъ внутренняго управленія, имѣвшихъ мѣсто въ царствованіе Петра I и Екатерины II, отмѣтимъ здѣсь болѣе частныя мѣропріятія, имѣвшія цѣль болѣе узкую, специальную—водвореніе законности ¹⁾).

Въ 1722 г. издается указъ о составленіи Устава для должностей гражданскихъ правителей, согласно которому надлежало «выбранъ изъ воинскихъ морскихъ, и чего тамъ нѣтъ, изъ сухопутныхъ правъ, сдѣлать указъ (перемѣняя только имена названій) какъ должность земскимъ правителямъ надлежитъ, и что имъ за преступленіе государственныхъ винъ, дабы оныя ровны были безъ изыятія противъ воинскихъ» ²⁾). Въ манифестѣ 1763 г. дек. 15 намѣчалось: «все судебныя мѣста наполнить достойными въ знаніи и честными людьми, а чтобы прямо

¹⁾ П. С. З. т. VI, 3879—1722 г. 17 января.

²⁾ Правда, реформы Петра не отличались большой устойчивостью: „Центральное управленіе, созданное Петромъ,—говоритъ Ю. В. Готье,—хотя и въ искаженномъ видѣ, все же кое-какъ устояло и просуществовало до Екатерины II, частью даже до Александра I. Но областныя учрежденія, созданныя Преобразователемъ на мѣстѣ разрушенныхъ реформой старинныхъ учреждений Московской эпохи, задуманныя смѣло и организованныя съ большимъ трудомъ и стараніемъ, едва пережили великаго царя... Областная реформа Петра была попыткой строить на зыбучемъ пескѣ, или валетѣть на воздухѣ безъ крыльевъ. Смѣлая попытка закончилась неудачей, и почти призрачныя учрежденія 1719 г. были замѣнены другими".—Исторія областного управленія въ Россіи отъ Петра I до Екатерины II, стр. 18.

таковых имѣть, то необходимо нужно дать имъ къ безбѣдному пропитанію по мѣрѣ каждого довольное жалованье, вслѣдствіе чего, — гласилъ манифестъ, — мы не только коллегіямъ и канцеляріямъ, губерніямъ, провинціямъ и городамъ, по состоянію каждого мѣста и входящихъ въ оныя дѣль, постановили и утвердили штаты въ потребномъ числѣ людей, опредѣляя каждому отъ вышняго и до нижняго довольное жалованье»¹⁾).

Сообразно съ духомъ полицейскаго государства, попечительная о благѣ подданныхъ власть намѣчала въ законодательныхъ актахъ необходимы качества для должностныхъ лицъ. По Уставу Благочинія качествами опредѣленнаго къ благочинію начальства должны быть: 1) здравый разумъ; 2) добрая воля въ отправленіи порученнаго; 3) человеколюбіе; 4) вѣрность къ службѣ Императорскаго Величества; 5) усердіе къ общему добру; 6) радѣніе о должности; 7) честность и безкорыстіе²⁾).

Организуя и упорядочивая государственную службу, власть, естественно, должна была считаться съ возможностью злоупотребленій и въ виду этого принимала предупредительныя мѣры. Однѣ изъ этихъ мѣръ носили характеръ общій, онѣ имѣли въ виду всѣхъ должностныхъ лицъ; другія, напротивъ, направлялись на отдѣльныя группы служащихъ. Законодатель считалъ нужнымъ укрѣпить силу закона и внѣдрить въ сознание

¹⁾ XVI, 11988. См. также XVI, 12137—1764 г. апрѣля 21—Наставленіе губернаторамъ. XVII, 12537—1765 г. дек. 31—сенатскій указъ о существующихъ обязанностяхъ всѣхъ чиновниковъ и въ особ. прокуроровъ при исполненіи должностей своихъ въ присутственныхъ мѣстахъ. XVII, 12710—1766 г. іюля 31—Сенатскій, по Высочайше утвержденному докладу указъ о штрафованіи присутственныхъ мѣстъ за нерапортованіе и за неисполненіе по посланнымъ указамъ на срокъ. XX, 14392—Учрежденіе о губерніяхъ; XXII, 16535—1787 г. апрѣля 21—манифестъ о поединкахъ, п. 52; XXVII, 20372—1802 г. августа 16—Именный, данный Сенату—о непроступленіи Губернаторамъ предѣловъ власти, назначенныхъ имъ законами.

²⁾ XXI, 15379—1782 г. апрѣля 8—Уставъ Благочинія или полицейскій.

служащихъ мысль о необходимости повиновенія закону и соблюденія закона¹⁾. Съ особенной выразительностью и краснорѣчіемъ это было выполнено въ манифестѣ 1740 г. октября 23: «того ради за благо разсудили наикрѣпчайше подтвердить, и при томъ всѣмъ тѣмъ, которые при управленіи дѣлъ находятся, какого-бъ чина, достоинства ни были, отъ вышняго до нижняго, каждый въ своемъ мѣстѣ и званіи неотмѣнно по вышеписанному уставу поступали, и помня Бога и учиненную свою присягу, все то, что къ вѣрному управленію порученныхъ имъ дѣлъ къ государственной пользѣ касается, чистою совѣстью, сердцемъ и радѣніемъ исполняли, и съ оставленіемъ всякихъ Богу противныхъ и общему государственному благополучію вредительныхъ страстей, единочистосердечно только къ тому простирались, дабы добрыми, вѣрными и честными своими поступками и дѣлами, по всеподданнѣйшей своей должности и присягѣ, Божеское благословеніе на Насъ, на Правительство и на все Государство Наше привлечено и наивсегда утверждено было... того ради и мы, ревнуя и закону Божию, ...всѣ тѣ прежніе въ народѣ опубликованные указы и манифесты о правосудіи чрезъ сіе наикрѣпчайше подтверждаемъ и всемилостивѣйше повелѣваемъ имѣть судъ по всюду равный и правый безъ богоненавистнаго лицемерія и злобы и противныхъ истинѣ проклятыхъ корыстей, несмотря на лицо сильныхъ и избавляя обидимыхъ отъ рукъ неправды»²⁾. Должностныя лица не могли отговариваться невѣдѣніемъ указовъ и самое невѣдѣніе ихъ

¹⁾ См. напр. IX, 6514—1733 г. дек. 8—О подтвержденіи, чтобы чиновники вышнихъ и нижнихъ судебныхъ и присутственныхъ мѣстъ поступали, при отправленіи должности своей, по Генеральному Регламенту и дополнительнымъ къ оному указамъ; X, 7567—1738 г. апрѣля 24—О подтвержденіи Оберъ-секретарямъ и Секретарямъ, чтобы должность свою въ точности исправляли по прежнимъ указамъ.

²⁾ XI, 8262.

являлось уже преступнымъ: «Надлежитъ обрѣтающимся въ Сенатѣ, Синодѣ, Коллегіяхъ и Канцеляріяхъ и во всѣхъ судныхъ мѣстахъ всего государства вѣдать всѣ уставы государственные и важность ихъ яко первое и главное дѣло, понеже въ томъ зависитъ правое и неззорное управление всѣхъ дѣлъ, и каждому для содержанія чести своей, и убѣжанія отъ впаденія невѣдѣніемъ въ погрѣшеніе, и въ наказаніе должно... и для того отнынѣ, ежели о какомъ указѣ, гдѣ при какомъ дѣлѣ помянуто будетъ, а кто въ то время не возьметъ того указа смотрѣть и пренебрежетъ, а станетъ невѣдѣніемъ послѣ отговариваться: такихъ наказывать впервые отнятіемъ чина на время и штрафу, годъ жалованія, въ другой—третьею долей всего движимаго и недвижимаго имѣнія, въ третій разъ—лишеніемъ всего имѣнія и чина вовсе»¹⁾.

Предупредить злоупотребленія законодатель надѣялся прежде всего болѣе или менѣе тщательнымъ подборомъ административнаго персонала. Указомъ 20 марта 1730 г. должность воеводы получаетъ срочный характеръ; только отсутствіе жалобъ на ихъ дѣятельность давало имъ право на полученіе должности вновь²⁾. Въ 1733 г.

¹⁾ VII, 4436—1724 г. января 22—О важности государственныхъ уставовъ и неотговоркѣ судьями невѣдѣніемъ законовъ, по производимымъ дѣламъ подъ опасеніемъ штрафа.

²⁾ П. С. З. № 5522.—Просьбы мѣстныхъ жителей, замѣчаетъ проф. А. Н. Филипповъ, объ отрѣшеніи воеводъ отъ службы вообще принимаются во вниманіе Сенатомъ, хотя жители, иногда „опасаясь пущаго утѣшенія (отъ нихъ) и бить челомъ не смѣютъ“, а самъ Сенатъ не всегда рѣшается „безъ подлиннаго слѣдствія“ эти челобитья „за истину принять“ и „отъ воеводства отрѣшить“ тѣхъ, на кого поступаютъ такіа челобитья. Это приводитъ Сенатъ къ мысли потребовать у Совѣта назначенія двухъ-голичнаго срока для воеводской службы, по истеченіи котораго челобитчики могли бы свободно просить на воеводу „въ разныхъ обидахъ и прочихъ непорядочныхъ поступкахъ“, а сами воеводы „опасаясь того челобитья, могли съ подчиненными поступать исправнѣ“. Конечно, если оказывалось, что воевода „являлся подозрительнымъ въ тѣ сроки“, онъ долженъ былъ быть отрѣшенъ

было приказано воеводѣ, отправлявшимся въ города, ранѣ представлять на смотръ въ Кабинетъ¹⁾. 22 сентября 1761 г. Сенатъ указомъ потребовалъ наведенія справокъ при опредѣленіи воеводъ и прочихъ чиновниковъ къ должностямъ, непричастны ли они какому либо слѣдственному дѣлу²⁾. Доносы о взяткахъ должны быть немедленно докладываемы Сенату безъ взысканія съ челобитчиковъ гербовой бумаги³⁾.

Кромѣ того, ради удаленія соблазна и возможныхъ злоупотребленій, законодатель, напр., запрещалъ находящимся у дѣлъ штатскимъ чинамъ покупать какъ на свои, такъ и на постороннія имена деревни, земли и прочее въ тѣхъ городахъ и уѣздахъ, гдѣ кто изъ нихъ къ дѣламъ опредѣленъ; запрещалось писать имъ какія либо крѣпости и домовыя заемныя письма, равнымъ образомъ не дозволялось покупать деревни и на имя женъ своихъ и дѣтей⁴⁾. Въ дополненіе къ этому запрету, указомъ 1740 г. августа 25, «дабы и чрезъ векселя взятковъ и подобныхъ тому жъ подлоговъ происходить не могло», было указано «всѣмъ тѣмъ губернаторамъ и ихъ товарищамъ, воеводамъ и городовымъ приказнымъ служите-

отъ должности и ранѣ срока; но если такого подозрѣнія не было, онъ могъ быть назначенъ по прошествіи двухъ лѣтъ въ другой городъ. Доношеніе Сената Совѣту получаетъ утвержденіе уже въ царствованіе Анны, по указу 20 марта 1730 г., въ которомъ прямо свидѣлствуется (какъ и въ самомъ доношеніи), что въ Сенатъ поступали „многіа челобитныя“ на воеводъ. См. А. Н. Филипповъ. Исторія Сената въ правленіи верховнаго тайнаго совѣта и кабинета, ч. I, стр. 385—386.

¹⁾ № 6384.

²⁾ № 11273.

³⁾ № 11357. См. также III, 1594—1697 г. сент. 1—Объ управленіи казенными земскими и военными дѣлами. III, 1670—1699 г. января 16—Наказныя статьи въ Сибирь Тюменскому воеводѣ Стольнику Тутачевскому. V, 3515—1720 г. февраля 10—именный, объявленный изъ Сената—О посылкѣ по губерніямъ, о сборахъ печатныхъ и письменныхъ указовъ и о наказаніи за излишніе поборы. VII, 5383—1728 г. сент. 12—Наказъ губернаторамъ и воеводамъ и ихъ товарищамъ, по которому они должны поступать

⁴⁾ XI, 8145—1740 г. июня 23.

лямъ, кои будутъ у дѣлъ ни съ кого и никакихъ векселей не брать»¹⁾).

Въ эпоху позднѣйшую, при Александрѣ I, былъ изданъ рядъ указовъ, подтверждающихъ запретъ должностнымъ лицамъ принимать подарки. Цѣль запрета—предупредительная: «для предупрежденія всякаго повода и послабленій къ упущеніямъ по службѣ»²⁾).

Повтореніе и подтвержденіе этого запрета указывало на широкое распространеніе обычая и на его устойчивость. Повидимому, прежнее неприкровенное взяточничество, подъ вліяніемъ духа времени, стало облекаться въ болѣе утонченную форму принятія «добровольно» приносимыхъ подарковъ.

Независимо отъ общихъ предупредительныхъ мѣръ для борьбы съ злоупотребленіями, законодатель, предвидя возможность развитія ихъ въ отдѣльныхъ отрасляхъ управленія или при выполненіи отдѣльныхъ порученій, постоянно дѣлаетъ оговорки и предостерегаетъ отъ злоупотребленій: «а лишнихъ сверхъ указныхъ сборовъ Комиссарамъ и прочимъ всякимъ сборщикамъ не собирать, а обидъ и раззоренія не чинить, и взятокъ тѣмъ сборщикамъ и подъячимъ, и посыльщикамъ и прочимъ служителямъ себѣ отнюдь не брать, и сборщикамъ никакихъ сборовъ ни для какихъ персонъ не боясь никакого лица, и ни для лакомства въ доимку не запускать, а собирать

¹⁾ XI, 8210—Срав. также XI, 8709—1743 г. февраля 22—О сборѣ недоимокъ въ срокъ по указамъ неослабно; о подтвержденіи губернаторамъ, воеводамъ и товарищамъ ихъ, чтобы они для собственныхъ расходовъ не дерзали брать никакихъ припасовъ изъ канцеларій, таможенъ и кабаковъ.

²⁾ Общее прилож. къ т. XI, 24425—1810 г. ноябрѣ 13, именный объявленный Министромъ полиціи Гражданскимъ Губернаторамъ; XXXII, 25028—1812 г. марта 10—Сенатскій, вслѣдствіе именнаго—о воспрещенія приносить подарки начальникамъ губерній и другимъ чиновникамъ; XXXVII, 28715—1821 г. авг. 2—Высочайшее повелѣніе, объявленное Комитету Министровъ—о воспрещеніи дѣлать приношенія начальникамъ губернаторамъ и другимъ лицамъ.

въ указные сроки»—читаемъ мы въ Сенатскомъ указѣ о рачительномъ сборѣ податей и о наказаніи за взятки¹⁾. «При той ревизіи во всемъ чинить по сей инструкціи непременно, по самой истинной правдѣ, какъ добрымъ и честнымъ людямъ надлежитъ, ко взяткамъ же и подаркамъ при той ревизіи съ уѣздныхъ и прочихъ людей отнюдь не касаться и наималѣйшей обиды и никакого утѣсненія не чинить» и т. д., предупреждаетъ инструкція посланнымъ для учиненія вновь ревизіи²⁾).

Недостатка въ предупрежденіяхъ не было, учреждались, кромѣ того, и спеціальныя органы надзора. Но тщетны были всѣ усилія: тщетны, ибо тѣ, на обязанности коихъ лежало предупрежденіе и пресѣченіе преступленій, были плоть отъ плоти тѣхъ, за кѣмъ они обязаны были наблюдать; они сами были нечужды основнаго грѣха администраціи—«мерзлаго лакомства» лихоимства.

Поставленный во главѣ администраціи Сенатъ вызывалъ неудовольствіе законодателя въ виду допускаемыхъ имъ непосредственно злоупотребленій и явнаго попустительства и укрывательства злоупотребленій под-

¹⁾ V, 3648—1720 г. октября 3; см. также IX, 6490—1738 г. сент. 24—именной, о наборѣ рекрутъ для укомплектованія арміи, гарнизонныхъ, адмиралтейства и флота со 102 душъ по одному человѣку. IX, 7046—1736 г. сентября 3—именный, о наборѣ рекрутъ для укомплектованія арміи съ 125 ревизскихъ душъ по одному человѣку; XI, 8682—1742 г. дек. 11—именный о взысканіи подушной во всемъ государствѣ доимки прошлыхъ лѣтъ по самой справедливости.

²⁾ XI, 8836—1743 г. декабря 16 (мечат. 6 января 1744 г.); XIV, 10, 786—1757 г. дек. 23—генеральное учрежденіе о ежегодномъ сборѣ рекрутъ. XVI, 11755—1763 г. февраля 13—именный объ окончательной подачѣ ревизскихъ сказокъ съ приложеніемъ формы оныхъ; XVI, 12137—1764 г. апр. 21—Наставленіе губернаторамъ. XVII, 12570—1766 г. февраля 13—Инструкція землемѣрамъ къ генеральному въ Имперіи размежеванію; XVII, 12748—1766 г. сентября 29—Генеральное учрежденіе—О сборѣ въ государствѣ рекрутъ и о порядкахъ, какіе при наборахъ исполнять должно, также и о штрафахъ и наказаніяхъ, кто какъ въ приѣздъ, такъ и въ отпадѣ неистинно поступать будетъ.

чиненныхъ его надзору органовъ власти ¹⁾. Сами органы надзора бывали уличаемы въ тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ: оберъ-фискаль Нестеровъ напр. былъ колесованъ за взятки, потачку, посулы, похлѣбство, вымогательство и проч. Преемники его по должности также кончали дни свои на эшафотѣ за преступления по должности ²⁾.

Неудивительно, что при такомъ отношеніи къ злоупотребленіямъ должностныхъ лицъ, послѣднія не только не сокращались, но разрастались количественно и разнообразились качественно. «Въ губерніи, въ провинціи, уѣздѣ,—пишетъ Готье,—правитель, какъ бы онъ ни назывался, самъ чувствовалъ себя царемъ и Богомъ и не стѣснялся интересъ общаго дѣла приносить въ жертву своему собственному, несмотря ни на какія бумажныя устрашенія и принужденія, приходившія изъ столицы. Полная безотвѣтственность по отношенію къ тѣмъ, которыми онъ призванъ былъ управлять, увеличивала еще больше чувство безнаказанности и свободы, съ которымъ большинство губернаторовъ и воеводъ смотрѣли на ввѣренныя имъ области. На этой почвѣ и возникали легендарныя безобразія и злоупотребленія, которыми такъ прославилась областная администрація XVIII в. даже среди современниковъ» ³⁾.

Соборное Уложеніе упоминало о многихъ злоупотребленіяхъ должностныхъ лицъ и постановленія его продолжали сохранять силу. Новый перечень злоупотребленій должностныхъ лицъ мы находимъ въ Генеральномъ Регламентѣ, памятникѣ, установившемъ общія начала коллежскихъ и канцелярскихъ порядковъ. Перечень этотъ зна-

¹⁾ П. С. З. № 5625, 5872, 5920, 8293, 9083, 10980, 11092. См. также Грибовскій, указ. соч., стр. 278, 280, 329.

²⁾ Петровскій. О сенатѣ въ царствованіе Петра В., стр. 152—154.

³⁾ Готье, ук. соч. стр. 234; тутъ же можно найти много яркихъ злоупотребленій мѣстныхъ правителей.

чительно короче, чѣмъ въ Соборномъ Уложеніи, но предусматриваетъ и нѣкоторые новые виды злоупотребленій. Погрѣшностями противъ должности оплошкой или вымысломъ Г. Регламентъ считаетъ: 1) уносъ или похищеніе документовъ коллегіи («когда кто злымъ образомъ на время или вовсе, тайно изъ коллегійныхъ писемъ и документовъ что унесетъ»); 2) лживое донесеніе, сокрытіе распоряженій, неприведеніе въ исполненіе указовъ («кто подъ какимъ нибудь предлогомъ неправдиво учинить рапортъ (или доношеніе) или о состояніи дѣла, и нѣкоторыя предложенія и прочее тому подобное съ умысла удержать или весьма утаить и полученный указъ въ дѣйство не произведетъ»); 3) подлогъ документовъ («кто протоколы или другіе документы переправить фальшиво и прочее въ такихъ причинахъ подобное учинить»); 4) разглашеніе служебной тайны («когда кто постороннему, кому не надлежитъ тайности коллегійны сообщитъ резолюціи, прежде времени объявить протоколы, а потомъ котораго члена голосъ или мнѣніе покажетъ»); 5) бездѣйствіе власти («или кто по дружбѣ или по враждѣ или изъ взятокъ, или другихъ намѣреній что пренебрежетъ, которые ему чинить надлежало»; виновные во всѣхъ означенныхъ дѣяніяхъ, независимо отъ своего положенія, подлежали смертной казни или «вѣчной ссылкой на галеру съ вырѣзаніемъ ноздрей и съ отнятіемъ всего имѣнія». Эти дѣянія почитались наиболѣе тяжкими: «ежели же кто меньшее преступленіе учинить, какъ выше писано, таковымъ за преступленіе наказаніе чинить ссылкой на галеру временною, со отнятіемъ всего или части имѣнія, или лишеніемъ чина и тяжкимъ штрафомъ (ежели впервые) по силѣ прегрѣшенія». Штрафъ, при невозможности его уплатить, замѣнялся отсылкой въ галерную работу съ зачетомъ по 10 руб. на годъ ¹⁾.

¹⁾ VI, 3534—1720 г. февраля 28—Генеральный Регламентъ или Уставъ,

Перечень должностных преступлений въ Ген. Регламентѣ представляетъ первую попытку привести въ нѣкоторую систему эту группу дѣяній, попытку несовершенную, малоудовлетворительную. Неполнота перечня очевидна, такъ какъ въ немъ упомянуты только наиболѣе тяжкія дѣянія; для другихъ дѣяній—менѣе тяжкихъ, особенно не перечисленныхъ, указывается лишь размѣръ ответственности. Кромѣ того, въ гл. LI Ген. Регламентъ упоминаетъ, опять въ общей формѣ, «дѣла, которыя подлежатъ доходамъ и счетамъ, кто въ томъ погрѣшитъ»¹⁾. Очевидно, что на почвѣ завѣдыванія доходами и счетами были возможны и дѣйствительно имѣли мѣсто различныя злоупотребленія.

Если о значеніи того или другого преступнаго дѣянія судить по вниманію, удѣляемому этому дѣянію законодателемъ, то безспорно, что взяточничество стояло въ центрѣ всѣхъ злоупотребленій должностныхъ лицъ. Законодатель не щадилъ красокъ, чтобы возможно ярче обрисовать данное дѣяніе. Лихоимство, обнимавшее собою и взяточничество въ собственномъ смыслѣ, именуется «душевреднымъ», взятки — «гнусными», дѣяніе это — «мерзкое лакомство», «прелестное только для однѣхъ подлыхъ и ненасытныхъ, сребролюбимъ помраченныхъ душъ»; виновниковъ взяточничества законодатель клеймитъ какъ «вредителя государственныхъ правъ» и «народнаго раззорителя», «вредителя государственнаго», «похитителя интересовъ», какъ «врага отечества».

На основаніи указаго законодательства можно сдѣ-

гл. I, въ гл. LI указана подсудность дѣлъ о должностныхъ преступленіяхъ: всѣ дѣла, которыя подлежатъ доходамъ и счетамъ, кто въ томъ погрѣшитъ, тотъ имѣетъ судимъ и наказанъ быть въ Ревизіонъ-Коллегіи, а прочія тяжкія дѣла, которыя не касаются доходовъ, тѣ дѣла судить и наказывать въ Юстицъ-Коллегіи, гдѣ и всѣ частныя процессы, тяжбы коллежскихъ служителей судить надлежитъ.

¹⁾ См. XI, 3682—1742 г. дек. 11; XVI, 12187; XVII, 12570.

лать весьма нелестный выводъ о нравственномъ уровнѣ служилаго класса. Жажда наживы и корыстолюбіе — характерныя черты служилаго челоѣка. Пользуясь своимъ привилегированнымъ положеніемъ, власти высшія и низшія стремились нажиться возможно скорѣе и возможно больше. Основными законодательными актами направленными на борьбу съ этимъ исконнымъ зломъ русской администраціи, слѣдуетъ признать прежде всего указъ 1714 г. декабря 24 — о воспрещеніи взятокъ и посуловъ и о наказаніи за оное¹⁾, затѣмъ указы 1762 г. іюля 18 — объ удержаніи судей и чиновниковъ отъ лихоимства (XVI, 11616), 1763 г. декабря 15 (XVI, 11988) — манифестъ о наполненіи судебныхъ мѣстъ достойными и честными людьми, о мѣрахъ къ прекращенію лихоимства и взятокъ и проч. и подтвержденіе этихъ актовъ въ 1809 г. мая 20 (XXX, 23651).

Но помимо этихъ законодательныхъ актовъ, имѣвшихъ болѣе общій характеръ и значеніе, въ Полномъ Собраніи Законовъ содержится большое количество указовъ, посвященныхъ также взяточничеству, но имѣвшихъ болѣе частное значеніе. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы остановимся на нихъ лишь по столько, по сколько они дополняютъ и разъясняютъ содержаніе указовъ болѣе общаго содержанія.

Указъ 1714 г. декабря 24 интересенъ прежде всего въ томъ отношеніи, что въ немъ впервые взяточничество

¹⁾ Этому указу предшествовалъ въ 1713 г. августа 25 именныи указъ о пресѣченіи грабительства въ народныхъ сборахъ, о платежѣ всѣхъ податей вмѣстѣ на четыре срока и о способахъ взысканія недоимокъ, — замѣчательный между прочимъ тѣмъ, что въ немъ ответственность лихоимателей приравнена ответственности взяточниковъ. К. Анциферовъ по этому поводу замѣчаетъ: «ясно, что предписаніе указа о наказуемости лихоимателей, какъ соучастниковъ было дѣломъ вспышки, дѣломъ угрозы, а не принципомъ». См. ук. ст. стр. 52. Авторъ не обосновываетъ своего предположенія, между тѣмъ какъ изъ послѣдующихъ указовъ видно, что принципъ равной ответственности взяточника и лихоимателя не возбуждалъ сомнѣній до начала XIX в.

объявляется дѣяніемъ преступнымъ само по себѣ, независимо отъ нарушенія подѣ влияніемъ принятыхъ взятокъ и посуловъ, какихъ либо другихъ интересовъ или благъ ¹⁾. Такимъ образомъ, указъ имѣетъ въ виду разсѣять существовавшее въ обществѣ заблужденіе по поводу незапрещенности этого дѣянія. Самое дѣяніе въ этомъ указѣ впервые получаетъ наименованіе «лихоимства», наименование, неизвѣстное раньше официальному языку закона и удержавшееся въ законодательномъ языкѣ до нашего времени.

Ранѣе для опредѣленія этого явленія прибѣгали къ описанію: «а черезъ сю мою грамоту кто что у нихъ возьметъ или чѣмъ изобидитъ»; терминъ лихоимство встрѣчался въ церковно-нравоучительной литературѣ ²⁾ теперь имъ воспользовался законодатель: «Понеже многія лихоимства умножились, между которыми и подяжды вымышлены и прочія тому подобныя дѣла, которыя уже наружу вышли, о чемъ многіе, якобы оправдая себя говорятъ, что сіе не заказано было, неразсуждая того, что все то, что вредъ и убытокъ государству приключить можетъ, суть преступления». Сущность указа сводится къ запрету: «всѣмъ чинамъ, которые у дѣлъ представлены великихъ и малыхъ... какое званіе оныя не имѣютъ... никакихъ посуловъ казенныхъ и съ народа собираемыхъ денегъ брать, торгомъ, подрядомъ и прочими вымысла, какого бѣ званія оныя и манера ни были, ни своимъ, ни постороннимъ лицомъ, кромѣ жалованья». Наказаніе за нарушеніе этого запрета назначено суровое: «кто дерзнетъ сіе учинить, тотъ весьма жестоко на тѣлѣ

¹⁾ Въ отличіе отъ указовъ 1654 г., 1699 и 1700 г.г. онъ имѣетъ общае значеніе и не приуроченъ къ отдѣльному случаю.

²⁾ Максимъ Грекъ былъ обличителемъ „Иудейскаго сребролюбія и лихоимства“: слугъ благовѣрнаго царя. Иванъ IV становится на защиту народа отъ „неправеднаго лихоимства и сребролюбія“.

наказанъ, всего имѣнія лишенъ, шельмованъ, и изъ числа добрыхъ людей изверженъ и смертью казненъ будетъ». Этому наказанію подлежали не только лихоимцы, но и тѣ, «которые ему въ томъ служили, и чрезъ кого дѣлано, и кто вѣдали, а не извѣстили, хотя подвластные или собственные его люди, не выкручаяся тѣмъ, что страха ради сильныхъ лицъ, или что его служитель» ¹⁾. Указъ давалъ очень широкое понятіе лихоимству; подѣ него подходило вниманіе болѣе того, что слѣдуетъ, и вниманіе тамъ, гдѣ нельзя было брать ничего ²⁾. Кругъ возможныхъ виновниковъ намѣчался также весьма широко: наравнѣ съ непосредственными виновниками преслѣдовались и карались и пособники, и недо-

¹⁾ О дѣйствительномъ примѣненіи этого указа см. VII. 4828—1725 г. января 24—о наказаніи комиссаровъ Арцыбашева, Баранова и подъячаго Волоцкаго. IX. 7009—1736 г. іюля 9—объ учиненіи смертной казни Иркутскому Вице-Губернатору Жолобову за разные его законопротивные проступки.

²⁾ К. Анциферовъ по поводу указа 1714 г. дек. 24 и Генер. Регламента, гл. I, п. 5 замѣчаетъ, что законодатель былъ послѣдователенъ „въ томъ 1) что соразмѣрялъ наказаніе за взяточничество единственно со свойствомъ преступления, а не съ классомъ занимаемой должности, а во 2) въ томъ, что онъ не слилъ всѣ виды взяточничества въ одну категорію и не наложилъ за всѣ одну смертную казнь безусловно. Напротивъ, развитое въ указахъ и Регламентѣ ученіе о взяточничествѣ представляетъ стройную трехчленную систему, принятую въ современныхъ кодексахъ. Такимъ образомъ, первый видъ взяточничества состоитъ собственно въ принятіи подарка, взятки; второй—въ нарушеніи служебнаго долга изъ за взятки, и третій—въ совершеніи преступления за взятку. Осталось неопредѣленнымъ только вымогательство. Но это опущеніе не можетъ умалить достоинства системы, такъ какъ опредѣленіе по этому предмету можетъ и не входить въ составъ опредѣленій о служебныхъ преступленіяхъ“ (указ. ст. стр. 41). Вопреки мнѣнію почтеннаго автора позволяемъ себѣ думать, что указанные имъ законодательные акты (ук. 1714 г. дек. 24 и Ген. Регламентъ, гл. I, п. 5) не даютъ основанія къ такимъ выводамъ: въ первомъ говорится вообще о запретѣ брать посулы, при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ и подѣ какимъ бы то ни было предлогомъ, а во второмъ—о бездѣйствіи власти, „изъ взятковъ“, наказаніемъ въ первомъ случаѣ—смертная казнь, а во второмъ—или смертная казнь, или „вѣчная ссылка на галеры“ съ вырѣзаніемъ ноздрей и лишеніемъ всего имущества“. Такимъ образомъ, простое взяточничество карается только смертной казнью, а взяточничество

носители; лиходеатели почитались пособниками и карались наравнѣ со взяточниками ¹⁾.

Указъ 1714 г. заканчивался предписаніемъ: «дабы невѣдѣніемъ никто не отговаривался, велѣть всѣмъ у дѣлъ будучимъ къ сему указу приложить руки, и впредь кто къ которому дѣлу приставленъ будетъ прикладывать и въ народѣ вездѣ прибить печатные листы» ²⁾.

Строго принципиальная точка зрѣнія на лихоимство,

квалифицированное—смертной казнью или ссылкой на галеры. При такихъ условіяхъ ответственности едва ли можно говорить о стройности и тѣмъ болѣе послѣдовательности системы законодательства.

¹⁾ О равной ответственности лиходеателя см. указъ 1713 г. 25 авг.

²⁾ См. № 3586—1720 г. мая 21—Сенатскій: „во всѣ губерніи и провинціи послать еще Великаго Государя указы, дабы въ Сенатъ прислали мѣстѣ немедленно, вышеупомянутые первоупомянутые печатные указы. въ которыхъ мѣсяцахъ и числахъ получены, и подъ тѣми указами кто подписались, и тѣ подписки въ Сенатъ посланы-ль, а буде не посланы, для чего? и которые нынѣ у дѣлъ, а къ тому указу рукъ не приложили, тѣмъ велѣть приложить; также и впредь опредѣляемымъ къ дѣламъ, по тому жъ руки прикладывать, чтобъ впредь никто невѣдѣніемъ не отговаривался, и тѣ подписки прислать, и впредь присылать въ Сенатъ“. № 4077—1722 г. авг. 24 Сенатскій—О подпискѣ опредѣляемымъ къ дѣламъ подъ указомъ 1714 г. о лихоимствѣ: „чтобъ всѣ опредѣленные къ дѣламъ, также и впредь кто опредѣлены будутъ, подписались подъ Его Императорскаго Величества указомъ 1714 г. о лихоимствѣ и подписався, одинъ указъ съ подпискою оставить въ томъ мѣстѣ, гдѣ они подпишутся, а другой—съ такою же подпискою переслать въ Сенатъ немедленно“. Принятіе этихъ мѣръ показывало насколько велико было зло лихоимства и какое значеніе придавалъ законодатель борьбѣ съ этимъ зломъ. Подчеркивая значеніе указа 1714 г. и другого указа 1724 г. февр. 5. К. Анциферовъ замѣчаетъ: „двѣ черты этихъ указовъ заслуживаютъ быть отмѣченными прежде всего. Въ нихъ 1) восстанавливается основное понятіе взяточничества, какъ преступленія по службѣ, которое исчезло изъ Уложенія 1649 г. Въ указѣ 1714 г. прямо объявляется, что полученіе должностнымъ лицомъ мзды, помимо содержанія, получаемого отъ государства, и независимо отъ того вліянія, какое взятка оказываетъ въ сферѣ служебной дѣятельности чиновника,—есть преступленіе по службѣ, ибо, доставляя незаконный прібытокъ чиновнику, взятка причиняетъ ущербъ платящему. Другая черта заключается въ установленіи вполнѣ правильной точки зрѣнія на условія успѣшной борьбы со взяточничествомъ. Въ указѣ 1724 г. преобразователь выясняетъ, что для успѣшной борьбы со взяточничествомъ, прежде всего необходимо, чтобы высшіе классы чиновниковъ подавали примѣръ своей служебной безупречностью. Эта точка зрѣнія игнорировалась въ XVII вѣкѣ“.—См. указ. ст., стр. 38—39.

какъ на дѣяніе вредное съ государственной точки зрѣнія продержалась недолго; довольно скоро законодатель отступилъ отъ нея и тѣмъ снова открылъ широкій просторъ злоупотребленію. Въ 1726 г. мая 23 былъ изданъ указъ о выдачѣ коллежскимъ чинамъ жалованья впредь до учрежденія новыхъ штатовъ по прежнимъ окладамъ, за исключеніемъ приказныхъ служителей, которые должны довольствоваться добровольными дачами просителей: «...а приказнымъ людямъ, обрѣтающимся въ тѣхъ двухъ коллегіяхъ (Юстицъ и Вотчинной), также въ Надворныхъ Судахъ и Магистратскихъ не давать, а довольствоваться имъ отъ дѣлъ, по прежнему обыкновенію съ челобитчиковъ, кто что дастъ по своей волѣ; токмо для излишнихъ взятокъ тѣмъ челобитчикамъ въ дѣлахъ ихъ волокиты, такожъ ничего въ противность регламентамъ и указамъ отнюдь ни чинить, и того смотрѣть за ними тѣхъ мѣстъ судьямъ; а ежели подъячіе челобитчикамъ чинить будутъ волокиты и будетъ на нихъ отъ кого челобитье, и за то ихъ наказывать» ¹⁾.

Такимъ образомъ, черезъ двѣсти слишкомъ лѣтъ законодательство открыто провозглашаетъ начало кормленія отъ должности, въ его худшей формѣ, безъ всякихъ ограниченій, ибо нельзя же считать ограниченіемъ запретъ чинить волокиту или поступать въ противность регламентамъ и указамъ «для излишнихъ взятокъ». Законъ не устанавливалъ нормы взятки, вслѣдствіе чего нельзя было сказать, какая взятка представляется излишней. Желаніе получить взятку неизлишнюю могло слѣдовательно оправдать и волокиту, и противность регламентамъ. Легко видѣть, какой широкій просторъ для злоупотребленій открывала такая формулировка; она спо-

¹⁾ VII, 4889. На этомъ указѣ К. Анциферовъ почему то вовсе не останавливается, между тѣмъ онъ очень характеренъ.

собна была обезпечить полную безнаказанность каждому взяточнику.

Вполнѣ понятны будутъ поэтому тѣ жалобы, коими наполненъ указъ Екатерины II 1762 г. іюля 18—объ удержаніи судей и чиновниковъ отъ лихоимства: «...Почему за долгъ себѣ вмѣняемъ непреложный и непремѣнный объявить въ народѣ, съ истиннымъ сокрушеніемъ сердца нашего, что мы уже съ давняго времени слышали довольно, а нынѣ и дѣломъ самымъ увидѣли, до какой степени въ государствѣ нашемъ лихоимство возросло, такъ что едва есть ли малое самое мѣсто Правительства, въ которомъ бы Божественное сіе дѣйствіе, судъ безъ зараженія сей язвы отправлялся: ищетъ ли кто мѣсто, платитъ: защищается ли кто отъ клеветы, обороняется деньгами: клевететь ли на кого кто, всѣ происки свои хитрые подкрѣпляетъ дарами. Напротиву того: многіе судящіе освященное свое мѣсто, въ которомъ они именемъ нашимъ должны показывать правосудіе, въ торжище превращаютъ, вмѣняя себѣ ввѣренное отъ насъ званіе судей безкорыстнаго и нелицепріятнаго за пожалованный будто бы имъ доходъ въ поправленіе дома своего, а не за службу, приносимую Богу, Намъ и Отечеству, и издопримствомъ богомерзкимъ претворяютъ клевету въ праведный доносъ, разореніе государственныхъ доходовъ въ прибыль государственную, а иногда нищаго дѣлаютъ богатымъ, а богатаго нищимъ...»

Картина, нарисованная законодательницею, достаточно ярка и внушительна. Она побудила Екатерину принять мѣру, которая должна была способствовать уменьшенію зла: для всѣхъ коллегій и канцелярій по губерніямъ, провинціямъ и городамъ, «по состоянію каждого мѣста и входящихъ въ оныя дѣлъ», были учреждены штаты, «въ потребномъ числѣ судящихъ, канцелярскихъ служи-

телей и прочихъ людей, опредѣляя каждому отъ вышняго и до нижняго довольное жалованье»¹⁾.

Законодательница питала надежду²⁾, «что обезпеченіе каждого служащаго достаточнымъ жалованьемъ» доставитъ подданнымъ благоденствіе и спокойную жизнь и избавитъ отъ притѣсненія, лихоимства и грабительствъ. Но на тотъ случай, если бы кто «отважился коснуться лихоимства, взяткамъ и подаркамъ къ отягощенію подданныхъ или просителей по дѣламъ сталъ притѣснять, таковой нечестивый и не благодарный, и яко заразительный членъ обществу не только изъ числа честныхъ, но изъ всего рода человѣческаго истребленъ будетъ».

Оба эти указа не вносятъ по существу ничего новаго въ понятіе лихоимства, не выясняютъ содержанія этого дѣянія; они имѣютъ скорѣе характеръ подтвержденія или напоминанія о старомъ запретѣ, всѣмъ извѣстномъ, но тѣмъ не менѣе всѣми легко пренебрегаемомъ³⁾.

Хотя «лихоимственные дѣла, было указано, не неважными, но разрушающими правосудіе и повреждающими государственное положеніе почитать и съ оными при случаяхъ по всей ихъ настоящей важности неупустительно всегда поступать»⁴⁾, тѣмъ не менѣе суровыя угрозы тяжкими послѣдствіями, повидимому, оставались только на бумагѣ, въ дѣйствительности же участь виновныхъ всегда существенно смягчалась и смертной казни взяточники не подвергались⁵⁾.

¹⁾ № 11988—1763 г. дек. 15.

²⁾ Эта надежда выражена также въ Наставленіи Губернаторамъ (XVI, 12137—1764 г. апрѣля 2).

³⁾ Въ именномъ указѣ, данномъ Сенату, 1763 г. ноября 11 (XVI, 12781) манифестъ 1762 г. 18 февраля названъ «матернимъ увѣщаніемъ». Въ Сенатскомъ указѣ 1764 г. сентября 2 (XVI, 12233) дѣлается ссылка на указъ 1714 г. дек. 24; въ указѣ 1809 г. мая 24 (XXX, 23651) снова дѣлается дословная ссылка на ук. 1714 г. и 1763 г. дек. 15.

⁴⁾ XVII, 12537—1765 г. дек. 31.

⁵⁾ См. напр. XVI, 11656—1763 г. авг. 24—объ отрѣшеніи кол. сов.

Въ качествѣ основанія для смягченія наказанія за взяточничество приводился указъ 1762 г. сент. 22, по которому уличенныхъ во взяточничествѣ было повелѣно: «отнять чины и оставя ихъ безъ наказанія, ни къ какимъ впредь дѣламъ не опредѣлять», «а не изъ дворянъ и безчиновныхъ сослать безъ наказанія въ дальнія мѣста на поселеніе»¹⁾.

Въ результатѣ суровыхъ угрозъ на бумагахъ и сии-

Шокурова отъ дѣлъ за взятки и о неопредѣленіи впредь ни къ какимъ дѣламъ. XVI, 11869—1763 г. июня 30 дня именный—о преступленіяхъ Калужскаго провинціального Воеводы съ товарищи. Въ этомъ указѣ между прочимъ сказано: „и хотя неизбѣжно таковыя по законамъ сущіе преступленія подлежатъ смертной казни, но Мы изъ единого врожденнаго въ Насъ человѣколюбія, отъ толь поносной казни ихъ освобождаемъ, повелѣвая: Воеводу Мясоедова и товарища Юрова, лиша всѣхъ чиновъ, сослать въ ихъ деревни и тамъ содержать подъ карауломъ, Секретаря Тороцова, написавъ вѣчно въ копіисты, и отослать въ отдаленный городъ, а канцеляриста Пафнутьева высѣчь плетью, и написать въ отдаленный гарнизонъ вѣчно въ солдаты, возврати у каждаго все то, что они у купца Чурикова во взятокъ получили, и отдать въ госпиталь; у купца же Чурикова взять все то, что онъ получалъ сверхъ тѣхъ дѣнь, по какимъ Генераль-Поручикъ Полембахъ на полки въ Калугѣ провіантъ и фуражъ покупалъ, и впредь ни къ какимъ казеннымъ подрядамъ его недопускать“. XVI, 12233—1764 г. сент. 2—о наказаніи Воеводы Клементьева и Канцеляриста Бочерова за взятки. Воевода Клементьевъ былъ лишенъ всѣхъ чиновъ и права поступленія на службу, а Канцеляристъ Бочеровъ лишенъ чиновъ и долженъ былъ быть сосланъ на поселеніе, если не изъ дворянъ; если же изъ дворянъ, то послѣдняя мѣра не должна была быть примѣненной. (На основаніи ук. 1762 г. сент. 22). XVI, 12781—1766 г. ноября 11—именный, данный Сенату—о распубликованіи во всемъ государствѣ объ учиненныхъ наказаніяхъ за взятки и за лихоимство.

¹⁾ См. XVI, 12781 ссылку на указъ 1762 г. сент. 22. Между прочимъ въ наказѣ Верейскаго дворянства, данному депутату Екатерининской комиссіи о сочиненіи проекта новаго уложенія, выражалось пожеланіе, что „если кто, забывъ присяжную должность, явится виновенъ во взяткахъ, такому преступнику указомъ, безъ всякой пощады (и въ какомъ-бы количествѣ тотъ взятокъ не бралъ) учинить натуральную, смертную казнь“ (Сборникъ Императорскаго Русскаго Историческаго Общества, т. IV, 379). Снисходительность къ взяточникамъ порождала неправильное представленіе объ ихъ дозволенности; въ Екатерининской Комиссіи одинъ купецъ просилъ считать преступленіемъ взятки и запретить и брать и давать ихъ (тамъ же, VIII, 282).—См. Пчелынь—Екатерининская комиссія, „О сочиненіи проекта Новаго Уложенія“ и современное ей русское законодательство; стр. 76, 78.

сходительнаго отношенія въ дѣйствительности зло не прекращалось, а росло и множилось. Въ именномъ указѣ, данномъ Сенату—1802 г. ноября 18, объ искорененіи лихоимства было сказано: «Изъ приведеннаго въ Калугѣ слѣдствія и изъ доходящихъ къ намъ безпрестанно слуховъ съ сердечнымъ соболѣзнованіемъ заключаемъ, что пагубное лихоимство или взятки въ Имперіи Нашей не токмо существуютъ, но даже распространяются между тѣми самыми, которые бы гнушаться или и всемѣрно пресѣкать ихъ должныствовали». Это безсиліе прежнихъ мѣръ заставляетъ законодателя задуматься о цѣлесообразности принятой системы и въ частности равной отвѣтственности лихоимца и лихоателя: «Привязки мздоимца не рѣдко принуждаютъ праваго впадать въ лихоательство, единственно для избѣжанія проволочки и промедленія въ дѣлахъ, а любостяжателямъ, посягающимъ на чужое и домогающимся непринадлежащаго, подають поводъ черезъ подкупы и подарки склонять Судей и Правителей на свою сторону къ нарушенію правосудія». Въ виду этихъ сомнѣній Сенату дается порученіе: «въ Общемъ всѣхъ Департаментовъ Собраніи разсмотрѣть, достаточны ли существующіе законы о лихоимствѣ къ искорененію онаго и не служить ли даже покровомъ лихоимцамъ, когда какъ принимають, такъ и дающій равному подвергаются наказанію»¹⁾.

Повидимому, это предположеніе не имѣло успѣха, такъ какъ въ 1809 г. мая 24²⁾ Сенату объявляется Министромъ Юстиціи именный указъ о сохраненіи въ силѣ указа 1714 г. дек. 24 и 1763 г. дек. 15, опредѣляющихъ наказанія за взятки. Но несмотря на новое подтвержденіе силы этихъ указовъ, въ дѣйствительности

¹⁾ XXVII, 20516.

²⁾ XXX, 23651.

примѣняемые наказанія, какъ это видно изъ дѣла губ. секретаря Владимірова, были значительно ниже ¹⁾).

Таково положеніе вопроса о должностныхъ преступленіяхъ въ эпоху указнаго законодательства. Указное законодательство развивалось практически, отвѣчая на вопросы текущей жизни, разрѣшая ихъ сообразно съ требованіями момента. Какъ видно изъ предыдущаго изложенія, здѣсь нельзя еще говорить о какой либо выработанной системѣ должностныхъ преступленій. Законодателью извѣстны лишь отдѣльные виды злоупотребленій и свое главное вниманіе законодатель обращаетъ на наиболѣе элементарное и въ тоже время наиболѣе широко распространенное зло лихоимства ²⁾). Понятіе этого послѣдняго также не было строго выработано; подъ него подходили всякаго рода незаконные поборы и сборы должностныхъ лицъ при отправленіи своихъ обязанностей. Отвѣтственность распространялась не только на лихоимцевъ, но и на лихоимателей въ равной мѣрѣ. Правда, въ концѣ періода указнаго законодательства этотъ порядокъ сталъ вызывать сомнѣніе въ своей цѣлесообразности, но отмѣны его все-таки не послѣдовало.

III. Должностныя преступленія въ Сводѣ Законовъ (1832 г.).

Самостоятельное мѣсто должностнымъ преступленіямъ впервые отводится въ Сводѣ Законовъ. Раздѣлъ V т. XV Свода Законовъ говоритъ «о преступленіяхъ чиновниковъ по службѣ». Онъ находится между преступленіями про-

¹⁾ XXXVIII, 28917—1822 г. февраля 8.

²⁾ Мемуары и художественная литература даютъ обильнѣйшій матеріалъ для характеристики чиновничьихъ правовъ и различныхъ административныхъ злоупотребленій. Нѣкоторая часть этихъ матеріаловъ собрана въ книгѣ И. М. Катаева—Дореформенная бюрократія.—Культурно-историческая бібліотека, подъ ред. исторической комиссіи об-ва распр. технич. знаній, 1914 г.

тивъ правительства (разд. IV) и преступленіями противъ безопасности жизни и противъ правъ общественнаго состоянія лица.

По своему объему раздѣлъ V не великъ; онъ включалъ всего 60 ст.ст. (256—316 ст.) и распадался на шесть главъ, изъ коихъ первая была посвящена положеніямъ общимъ, а остальные пять—разсмотрѣнію отдѣльных преступныхъ дѣяній. Въ общихъ положеніяхъ приводится перечень отдѣльных группъ преступленій чиновниковъ по службѣ, какъ-то: нарушеніе порядка службы и подчиненности; неисполненіе должности и злоупотребленіе властью; ущербъ казенному имуществу черезъ небреженіе, незаконное пользованіе, похищеніе, расточеніе и утрату; противозаконные проступки при заключеніи подрядовъ, поставокъ и приѣмѣ вещей въ казну поставляемыхъ и, наконецъ, лихоимство (ст. 256), и указывались послѣдствія, которыя влекли за собою эти преступленія. Сводъ законовъ не проводилъ различія между должностными преступленіями въ собственномъ смыслѣ и дисциплинарными провинностями, но отмѣчалъ, что въ однихъ случаяхъ, «смотря по упущенію» взысканія опредѣляются «безъ производства уголовного суда», въ другихъ—«смотря по роду преступленія и степени вины»—по преданіи суду назначаются наказанія уголовныя (ст. 257). Безъ производства уголовного суда могли быть назначены взысканія: замѣчаніе, выговоръ, опубликованіе, временный арестъ, устраненіе на время отъ должности или удаленіе отъ нея; изъ ст. 271 видно, что выговоръ могъ быть простой или строгій. Наказаніями уголовными, назначаемыми по суду, были: лишеніе чиновъ, лишеніе нѣкоторыхъ или всѣхъ правъ состоянія, отдача въ военную службу, ссылка на поселеніе и ссылка въ каторжную работу (ст. 258). Кромѣ того, только по суду могло быть назначено отрѣшеніе отъ должности (или отъ мѣста,

какъ сказано въ ст. 274), равно какъ и исключеніе изъ службы (ст. 258). Но кромѣ этихъ взысканій и уголовныхъ наказаній, въ дальнѣйшихъ статьяхъ упоминается еще вычетъ изъ службы одного года или полугода (ст. 272), публичное испрашиваніе прощенія передъ судомъ (ст. 267), денежный штрафъ (ст. 283 говоритъ о тяжкомъ денежномъ штрафѣ), тюремное заключеніе (ст. 267) и тѣлесное наказаніе для людей нижняго состоянія, неизъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія (ст. 268—284). Кромѣ взысканій личныхъ на виновныхъ возлагалась обязанность возмѣщенія вреда и убытковъ, причиненныхъ ихъ дѣятельностью, не переходящая однако на ихъ наслѣдниковъ и на лицъ ихъ назначившихъ (ст. 260); при отсутствіи средствъ виновные объявлялись несостоятельными должниками и подчинялись правиламъ объ этихъ послѣднихъ (ст. 261). Каждый приговоръ суда о наказаніи лица, состоящаго на службѣ, подлежалъ публикаціи во всеобщее свѣдѣніе (ст. 262). При опредѣленіи размѣра отвѣтственности Сводъ законовъ предоставлялъ довольно широкое усмотрѣніе суду, такъ какъ санкція закона была или относительно-опредѣленная, съ указаніемъ нѣсколькихъ карательныхъ мѣръ (напр. ст. 267—публичное испрашиваніе прощенія передъ судомъ, денежный штрафъ, тюремное заключеніе или же лишеніе всѣхъ правъ состоянія и ссылка на поселеніе; ст. 275—ссылка въ каторжныя работы, ссылка на поселеніе или отдача въ солдаты; ст. 283—лишеніе чиновъ или лишеніе всѣхъ правъ состоянія и ссылка на поселеніе; ст. 284—лишеніе всѣхъ правъ состоянія и отдача въ солдаты или ссылка на поселеніе; нижняго же состоянія люди, состоящіе на службѣ, неизъятые отъ тѣлеснаго наказанія, подвергаются наказанію плетью и ссылкой на поселеніе) или даже абсолютно—неопредѣленная («наказаніе по всей строгости законовъ»—ст.ст. 264, 266, 306; «по мѣрѣ

вины» ст. 265; «по важности дѣла» ст. 280; «по мѣрѣ злоупотребленія» ст. 292; неопредѣленной является и ссылочная санкція, какъ напр. «вызывателя (на поединокъ начальника) судить какъ виновнаго въ дѣлѣ, разрушающемъ подчиненность» (ст. 269) или «виновные предаются суду и наказываются какъ похитители казенной собственности» (ст. 301) ¹⁾.

Перечисливъ послѣдствія, угрожающія чиновникамъ за допущенныя ими провинности, Сводъ законовъ предусматривалъ болѣе подробно лишь тѣ случаи, гдѣ имѣло мѣсто или преступленіе въ собственномъ смыслѣ или гдѣ служебная провинность, вслѣдствіе своей многократности, переходила уже въ разрядъ преступленій и вызывала преданіе суду. Къ числу этихъ послѣднихъ относились Сводомъ: наложеніе начальникомъ на подчиненныхъ взысканій безъ заслуженной вины или отягощеніе взысканія выше мѣры въ законѣ опредѣленной и предоставленной ему власти (ст. 265), ослушаніе начальству, нарушеніе должнаго къ оному почтенія и подчиненности, грубость и дерзость на словахъ (ст. 267), медленность и нерадѣніе по службѣ, вызвавшія въ теченіе года три строгихъ и шесть простыхъ выговоровъ, при обнаруженіи новаго упущенія (ст. 271, 273), неоднократное неисполненіе указовъ по слабости, лѣности, пренебреженію своихъ обязанностей, сопровождавшееся запущеніемъ дѣлъ (ст. 274) ²⁾.

Всѣ перечисленные проступки, въ случаѣ учиненія ихъ впервые или во всякомъ случаѣ не многократно, признавались дисциплинарными провинностями, за которыя виновные подлежали отвѣтственности помимо уголовного суда. Такимъ образомъ, разница между дисци-

¹⁾ См. также ст.ст. 277, 282, 293, 297, 302.

²⁾ Неисполненіе указовъ по преслушанію и упорству считается преступленіемъ, ст. 275.

плинарными провинностями и должностными преступлениями была количественная, а отнюдь не качественная, принципиальная.

Въ раздѣлѣ V среди преступлений чиновниковъ по службѣ Сводъ зак. предусматривалъ и такія преступления, которыя могутъ быть учинены и не чиновниками; таковы вызовъ на поединокъ (ст. 269), насиліе (ст. 270), измѣна (ст. 282), подлогъ (ст. 284), незаконное пользование казеннымъ имуществомъ (ст. 292), похищеніе (ст. 293), расточеніе (растрата) (ст. 295) и вымогательство (ст. 310).

За исключеніемъ этихъ общихъ преступлений и перечисленныхъ выше дисциплинарныхъ провинностей должностными преступлениями, предусмотрѣнными Сводомъ, слѣдуетъ признать: пристрастіе въ опредѣленіи къ должностямъ (ст. 263), неисполненіе указовъ по преслушанію и упорству (ст. 275), необъявленіе указовъ (ст. 276), превышеніе и бездѣйствіе власти (ст. 278—280), разглашеніе дѣлъ, тайнъ подлежащихъ (ст. 281, 283), неправоудіе (ст. 286—289), противозаконные поступки при заключеніи подрядовъ и поставокъ и пріемъ вещей въ казну поставляемыхъ (ст. 297—307) и лихоимство (ст. 308—316).

Отсутствіе какихъ либо объясненій къ Своду законовъ не даетъ возможности сдѣлать заключеніе объ основномъ взглядѣ составителей Свода зак. на преступленія чиновниковъ по службѣ. Но изъ заголовковъ раздѣла V можно отчасти вывести заключеніе относительно того, какіе интересы имѣлъ въ виду охранитель законодатель. Такими непосредственно охраняемыми интересами были: порядокъ службы и начало іерархической подчиненности служащихъ, долгъ службы, имущественные интересы казны и неподкупность власти. Всѣ эти интересы, конечно, могутъ быть сведены къ болѣе общему

понятію лежащаго на чиновникахъ долга, обязывающаго ихъ соотвѣтственно относиться къ начальству и подчиненнымъ, къ своимъ обязанностямъ, къ ввѣреннымъ ихъ попеченію интересамъ и блюсти присущее ихъ положенію достоинство, какъ при отправленіи своихъ обязанностей, такъ и во внѣ¹⁾.

Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ преступлений по службѣ Сводъ зак. называетъ чиновниковъ; иногда впрочемъ указываются спеціальныя категоріи ихъ: лица, управляющія и охраняющія казенное имущество (ст. 290), казначей (ст. 301), удѣльные приказные головы и сельскіе старшины (ст. 315); отвѣтственными въ гражданскомъ порядкѣ могли быть казенныя мѣста и лица (ст. 307). Особенностью Свода зак. представляется то, что въ разд. V о преступленіяхъ чиновниковъ по службѣ онъ говоритъ и объ отвѣтственности частныхъ лицъ, если они вмѣстѣ съ чиновниками принимали участіе въ преступленіи. Наболѣе подробно случаи соучастія предусмотрѣны въ отношеніи къ лихоимству (ст. 316), при которомъ соучастіе понимается весьма широко. Соучастниками въ лихоимствѣ почитаются: 1) начальники, которые потворствуютъ чиновникамъ въ лихоимствѣ; 2) тѣ, которые въ учиненіи незаконныхъ поборовъ и повинностей и принятіи взятокъ имъ помогали; 3) лихоидатели; 4) принимаемые подарковъ вмѣсто другого; 5) тѣ, которые о томъ вѣдали, но не извѣстили и 6) судьи, которые преступниковъ сего рода покрывать будутъ при судѣ или облегчать наказаніе за лихоимство положенное. Такимъ образомъ, въ отношеніи лихоимства соучастниками признаются не только соучастники въ собственномъ смыслѣ, но и лица прикосновенныя, не только чиновники, но и частныя лица, на службѣ не состоящія²⁾.

¹⁾ См. ниже ст.ст. 423—430 о развратномъ поведеніи чиновниковъ.

²⁾ Изъ отнесенія лихоидателей къ числу соучастниковъ лихоимцевъ

Кромѣ того, наравнѣ съ чиновниками подлежатъ отвѣственности подрядчики и поставщики, вступившіе въ денежные сдѣлки и другія соглашенія съ чиновниками тѣхъ мѣстъ, по коимъ они имѣютъ дѣла (ст. 299, 302, 304, 305), лица, вступающія въ обязательство съ казною и не заявившія своевременно начальству о долговой сдѣлкѣ съ чиновниками (ст. 303), лица, вступившія въ сдѣлку съ казначеемъ, безъ соблюденія установленнаго въ законѣ порядка (ст. 301), частныя лица, принимавшія участіе въ преступленіи вмѣстѣ съ чиновниками подлежали въ большинствѣ случаевъ одинаковой съ ними отвѣственности (см. ст.ст. 299, 300, 301, 302, 304, 305).

Помимо раздѣла V, въ различныхъ мѣстахъ Свода зак. разсѣяны постановленія о чиновникахъ или нарушающихъ обязанности, возложенныя на нихъ закономъ, или виновныхъ въ преступленіяхъ, предусмотрѣнныхъ въ разд. V, но относящихся къ спеціальной сферѣ ихъ дѣятельности ¹⁾.

Изъ всѣхъ этихъ многочисленныхъ статей болѣе общее значеніе имѣли ст.ст. 423—430, предусматривающія развратное поведеніе чиновниковъ и канцелярскихъ служителей, состоящихъ на службѣ, и бездолжностныхъ и оставныхъ военныхъ и гражданскихъ чиновниковъ. Эти статьи имѣютъ въ виду обезпеченіе внѣшняго достоинства власти, нарушаемаго «развратнымъ поведеніемъ» чиновниковъ. Они дополняютъ раздѣлъ V и отнесеніе ихъ къ этому раздѣлу было бы болѣе уместнымъ, чѣмъ отнесеніе къ разд. VI—о преступленіяхъ противъ

можно сдѣлать заключеніе, что лиходейство и лихоимство рассматривались, какъ дѣяніе единое.

¹⁾ См. ст.ст. 240, 241, 249, 253, 319, 320, 321, 324, 423—430, 459—460, 484, 496, 501, 505, 513—514, 531, 533, 534, 548, 555, 559, 568, 576, 580, 634, 635, 636, 651, 729, 762. Кромѣ того въ разд. I, гл. VI, т. XV Св. Зак. указаны были послѣдствія наказаній для военныхъ и гражданскихъ чиновниковъ (ст. 160—162).

безопасности жизни и противъ правъ общественнаго состоянія лицъ, къ гл. IX этого раздѣла—о нарушеніи правъ состоянія развратнымъ поведеніемъ.

Такимъ образомъ, Сводъ зак. не проводилъ принципиальной границы между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, въ качествѣ возможныхъ виновниковъ указывалъ должностныхъ лицъ—чиновниковъ, что вполне соответствовало строго бюрократической системѣ управленія эпохи Свода, не допускавшей общественной самостоятельности; но такое ограниченіе круга возможныхъ виновниковъ не мѣшало признавать въ качествѣ соучастниковъ должностныхъ преступленій и частныхъ лицъ; наравнѣ съ чиновниками они какъ бы обязывались блюсти тотъ служебный долгъ, который лежитъ на этихъ послѣднихъ и нарушеніе котораго по Своду составляло сущность должностного преступленія и дисциплинарной провинности.

IV. Должностныя преступленія въ Уложеніи о наказаніяхъ.

«Сводъ усовершенствованный», какимъ, по мысли составителей уложенія о нак., долженъ былъ явиться составленный ими кодексъ, въ отдѣлѣ о должностныхъ преступленіяхъ предоставляетъ существенное отличіе отъ своего прототипа. Разд. V—«О преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ государственной и общественной» значительно шире по объему и разнообразію, и сложнѣе по содержанію соответствующаго только что разсмотрѣннаго разд. V т. XV Свода зак., но тѣмъ не менѣе внутренняя связь и сродство между этими двумя кодексами, несомнѣнно, существуетъ. Въ объясненіяхъ къ проекту улож. о нак. были указаны тѣ постановленія Свода зак., на коихъ были основаны постановленія проекта и кромѣ того отмѣчены постановленія новыя. Такихъ новыхъ по-

становленийъ въ проектѣ, которыя сохранились затѣмъ и въ послѣдующихъ изданіяхъ улож. о нак.—въ первыхъ десяти главахъ V раздѣла, носящихъ общій характеръ, можно насчитать до 19; ими были созданы или новые составы преступлений, или развиты и «усовершенствованы» составы преступныхъ дѣяній, уже существовавшихъ ¹⁾).

¹⁾ Проектъ указываетъ, какъ новыя, слѣдующія статьи:

1) *ст. 366*—препятствованіе чиновникомъ дѣйствіямъ другого лица въ отправленіи его должности; ср. въ изд. 1845 г.—ст. 373; въ изд. 1857 г.—ст. 386; въ изд. 1866 г.—ст. 344; въ изд. 1885 г.—ст. 344.

2) *ст. 368*—причиненіе чиновникомъ ранъ или увѣчья; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 375; въ изд. 1857 г.—ст. 392; въ изд. 1866 г.—ст. 346; въ изд. 1885 г.—ст. 346.

3) *ст. 372*—распечатаніе принадлежащей частному лицу бумаги; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 379; въ изд. 1857 г.—ст. 392; въ изд. 1866 г.—ст. 350; въ изд. 1885 г.—ст. 350.

4) *ст. 375*—истребленіе, порча, уменьшеніе цѣны вѣреннаго имущества; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 382; въ изд. 1857 г.—ст. 395; въ изд. 1866 г.—ст. 353; въ изд. 1885 г.—ст. 353.

5) *ст. 379*—убыль и недочетъ во вѣренныхъ по службѣ для храненія денежныхъ суммахъ и вещахъ; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 386; въ изд. 1857 г.—ст. 399; въ изд. 1866 г.—ст. 357; въ изд. 1885 г.—ст. 357.

6) *ст. 382*—бѣгство или подлогъ присвоившаго или растратившаго вѣренное по службѣ имущество; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 388; въ изд. 1857 г.—ст. 401; въ изд. 1866 г.—ст. 359; въ изд. 1885 г.—ст. 359.

7) *ст. 386*—выдача завѣдомо ложнаго свидѣтельства о болѣзни; въ изд. 1845 г.—ст. 392; въ изд. 1857 г.—ст. 406; въ изд. 1866 г.—ст. 364; въ изд. 1885 г.—ст. 364.

8) *ст. 387*—выдача дорожной безъ платежа поверстныхъ денегъ; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 393; въ изд. 1857 г.—ст. 407; въ изд. 1866 г.—ст. 365; отмѣнена въ 1889 г. января 24 (5730) IV.

9) *ст. 389*—присужденіе къ наказанію вышему сравнительно съ установленнымъ въ законѣ; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 395; въ изд. 1857 г.—ст. 409; въ изд. 1866 г.—ст. 367; въ изд. 1885 г.—ст. 367.

10) *ст. 390*—освобожденіе отъ наказанія или назначеніе его въ низшемъ размѣрѣ; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 396; въ изд. 1857 г.—ст. 410; въ изд. 1866 г.—ст. 368; въ изд. 1885 г.—ст. 368.

11) *ст. 391*—усиленіе или уменьшеніе наказанія вопреки закону; ср. въ изд. 1845 г.—ст. 397; въ изд. 1857 г.—ст. 411; въ изд. 1866 г.—ст. 369; въ изд. 1885 г.—ст. 369.

12) *ст. 393*—упущеніе со стороны лицъ, коимъ вѣренъ надзоръ за правильностью и законностью судебныхъ рѣшеній; срав. въ изд. 1845 г.—

Вообще отдѣлъ о должностныхъ преступленіяхъ въ улож. о нак. отличается многостатейностью: разд. V обнимаетъ ст. 329—505 включительно; кромѣ того постановленія о должностныхъ преступленіяхъ встрѣчаются и въ другихъ раздѣлахъ уложенія, такъ что общее количество статей, относящихся къ должностнымъ преступлениямъ достигаетъ солидной цифры 500 ст., превышающей значительно число статей, посвященныхъ тому же роду дѣяній въ другихъ уголовныхъ кодексахъ ¹⁾).

Раздѣлъ V улож. о нак., въ которомъ сосредоточены всѣ главныя постановленія о должностныхъ преступле-

ст. 399; въ изд. 1857 г.—ст. 413; въ изд. 1866 г.—ст. 371; въ изд. 1885 г.—ст. 371.

13) *ст. 396*—учиненіе или допущеніе чего либо противнаго обязанностямъ службы для доставленія другому незаконной прибыли; въ изд. 1845 г.—ст. 403; въ изд. 1857 г.—ст. 417; въ изд. 1866 г.—ст. 374; въ изд. 1885 г.—ст. 374.

14) *ст. 403*—отвѣтственность лиходателей; въ изд. 1845 г.—ст. 412; въ изд. 1857 г.—ст. 426; въ изд. 1866 г.—отмѣнена.

15) *ст. 408*—продолженіе исправленія какой либо должности послѣ удаленія отъ оной; въ изд. 1845 г.—ст. 417; въ изд. 1857 г.—ст. 431; въ изд. 1866 г.—ст. 386; въ изд. 1885 г.—ст. 386.

16) *ст. 409*—участіе въ сужденіи или производствѣ послѣ отвода; въ изд. 1845 г.—ст. 418; въ изд. 1857 г.—ст. 432; въ изд. 1866 г.—ст. 387; въ изд. 1885 г.—ст. 387.

17) *ст. 422*—задержаніе жалованья подчиненному; въ изд. 1845 г.—ст. 430; въ изд. 1857 г.—ст. 444; въ изд. 1866 г.—ст. 399; въ изд. 1885 г.—ст. 399.

18) *ст. 428*—непредотвращеніе проступка подчиненнаго; срав. въ изд. 1845 г.—ст. 436; въ изд. 1857 г.—ст. 450; въ изд. 1866 г.—ст. 405; въ изд. 1885 г.—ст. 405.

19) *ст. 446*—открытіе принадлежащихъ правительству или частному человѣку секретовъ для производства какихъ либо издѣлій, работъ, машинъ, медицинскихъ или иныхъ составовъ; въ изд. 1845 г.—ст. 454; въ изд. 1857 г.—ст. 469; въ изд. 1866 г.—отмѣнена.

¹⁾ См. Объясн. Зап. къ проекту угол. улож. т. VIII, стр. 38. Будинскій, отмѣчающій многостатейность нашего улож. о нак. насчитываетъ только 113 статей, отпуская, очевидно, изъ виду статьи въ другихъ раздѣлахъ улож.—См. О преступленіи въ особенности, 1887 г. стр. 392, Перечень ст.ст., говорящихъ о должностныхъ преступленіяхъ, см. Волковъ, Уложеніе о нак. стр. 271, прим. Кенигсонъ—Проступки и преступленія по службѣ государственной и общественной, 2-е изд. 1913 г.

ніяхъ, слѣдуетъ непосредственно за преступленіями государственными (разд. III) и преступленіями и проступками противъ порядка управленія (разд. IV). Составители проекта уложенія о нак. относили «преступленія и проступки чиновниковъ по службѣ» къ категоріи преступленій государственныхъ, какъ противныя потребностямъ спокойнаго моральнаго существованія государства въ установленіяхъ онаго и въ общемъ порядкѣ управленія ¹⁾. Такая точка зрѣнія на положеніе должностныхъ преступленій была довольно широко распространена въ началѣ XIX в. ²⁾.

Пятый раздѣлъ улож. о нак., состоящій изъ XI главъ, можетъ быть по своему содержанію разбитъ на двѣ главныя части: первая, обнимающая 10 главъ, содержитъ постановленія о должностныхъ преступленіяхъ общихъ въ томъ смыслѣ, что они свойственны всѣмъ родамъ службы государственной и общественной, и вторая — гл. XI, содержащая постановленія, касающіяся особенныхъ родовъ службы. Первая группа преступныхъ дѣяній обрисована общими чертами. Къ ней относятся: 1) неисполненіе указовъ, предписаній и законныхъ по службѣ требованій (ст. 329—337), 2) превышеніе власти и противозаконное ея бездѣйствіе (ст. 338—350); 3) противозаконные проступки должностныхъ лицъ при храненіи и управленіи ввѣряемаго имъ по службѣ имущества (ст. 351—360); 4) подлоги по службѣ (ст. 361—365); 5) неправосудіе (ст. 366—371); 6) мздоимство и лихоимство (ст. 372—382); 7) нарушеніе установленныхъ при вступленіи въ должность и оставленіи оной правилъ (ст. 393—387); 8) нарушеніе порядка при опредѣленіи

¹⁾ См. проектъ, стр. XLIV.

²⁾ К. v. Grolmann. Grundsätze d. Criminalrechtswissenschaft, § 359; Kleinschrod. System. Entwicklung der Grundbegriffe u. Grundwahrheiten d. peinl. Rechts, § 133, и др.

на службу и къ должностямъ и при увольненіи отъ оныхъ (ст. 388—391); 9) преступленія и проступки въ сношеніяхъ между начальниками и подчиненными (ст. 392—402); 10) медленность, нерадѣніе и несоблюденіе установленнаго порядка въ отиравленіи должности (ст. 410—425).

Вторая группа дѣяній, содержащаяся въ гл. XI, напротивъ, имѣетъ строго опредѣленный характеръ: въ нихъ не только указанъ родъ службы или дѣятельности, но и тѣ фактическія нарушенія обязанностей, свойственныхъ каждому роду службы или должности, предусмотрѣны которыя законъ имѣлъ въ виду; таковы: 1) преступленія и проступки чиновниковъ при слѣдствіи и судѣ (ст. 426—434); 2) преступленія и проступки чиновниковъ по дѣламъ межевымъ (ст. 435—445); 3) преступленія и проступки чиновниковъ полиціи (ст. 446—459); 4) преступленія и проступки чиновниковъ крѣпостныхъ дѣлъ и нотаріусовъ (ст. 460—469); 5) преступленія и проступки казначеевъ и вообще чиновниковъ, коимъ ввѣрено храненіе денежныхъ суммъ (ст. 470—484); 6) противозаконные поступки чиновниковъ при заключеніи подрядовъ и поставокъ, приѣмъ поставляемыхъ въ казну вещей и производствѣ публичной продажи (ст. 485—505).

Въ сущности, всѣ эти только что перечисленные дѣянія въ большинствѣ случаевъ весьма близки дѣяніямъ, предусмотрѣннымъ въ первыхъ десяти главахъ разд. V; большая часть ихъ могла бы быть подведена подъ тотъ или другой видъ общихъ преступленій по службѣ, но законодатель призналъ необходимымъ оговорить ихъ особо въ виду того, что нѣкоторые общія должностныя преступленія, въ отношеніи нѣкоторыхъ родовъ службы, имѣютъ особое большее или меньшее значеніе, нежели въ отношеніи другихъ.

Такимъ образомъ, постановленія о преступленіяхъ и проступкахъ чиновниковъ по нѣкоторымъ особннымъ родамъ службы представляютъ какъ бы исключеніе изъ постановленій объ общихъ преступленіяхъ, содержащихся въ I—X гл. разд. V, и какъ всякое исключеніе должны быть толкуемы ограничительно. Съ другой стороны, если въ отношеніи какой либо специальной категоріи служащихъ оказалось непредусмотрѣннымъ какое либо возможное правонарушеніе, въ такомъ случаѣ должно имѣть примѣненіе общее правило, содержащееся въ первыхъ десяти главахъ. Это начало опредѣленно выражено въ ст. 434 въ отношеніи чиновниковъ «при слѣдствіи и судѣ», но оно, несомнѣнно, имѣетъ болѣе общее значеніе и примѣнимо и въ отношеніи къ другимъ категоріямъ служащихъ. Таково взаимоотношеніе между постановленіями о должностныхъ преступленіяхъ общихъ и особенныхъ. Оно установлено и принято судебной практикой¹⁾.

¹⁾ По системѣ, принятой улож. о нак., преступления и проступки по государственной службѣ раздѣляются на два рода: одни, изъ нихъ свойственны всѣмъ родамъ государственной службы (гл. 1—10 разд. V), другія же относятся къ специальнымъ родамъ службы (гл. 11 разд. V, ст.ст. 805—821. 1098—1138 улож. и друг.). Первые очерчены въ общихъ чертахъ, по своимъ характеристическимъ признакамъ, и подъ эти признаки судъ обязанъ подводить всѣ разнообразныя нарушенія должностными лицами обязанностей службы, напротивъ того, вторые имѣютъ строго опредѣленный характеръ; въ нихъ не только указанъ родъ службы или должности, но и то фактическое нарушеніе обязанности, свойственной каждому роду службы, предусмотрѣть которое законъ имѣлъ въ виду. По существу своему эти послѣднія нарушенія не представляются, въ большинствѣ случаевъ, особыми преступлениями, признаки коихъ не предусмотрѣны въ первыхъ десяти главахъ; напротивъ того, большая часть изъ нихъ могла быть подведена подъ тотъ или другой видъ общихъ преступленій по службѣ, и если законъ выдѣлялъ ихъ въ особую главу, то только потому, что нѣкоторыя общія служебныя преступленія при извѣстныхъ должностяхъ имѣютъ несравненно большее или меньшее значеніе, нежели при остальныхъ. Такимъ образомъ, послѣднія представляются какъ бы исключеніемъ изъ общихъ законовъ, предусматривающихъ преступленія по службѣ, а потому, если какого либо нарушенія по специальному роду службы въ гл. II-й и не предусмотрено, то во всякомъ случаѣ законоположенія этой главы, какъ исключительныя, не могутъ быть

Отмѣченную уже выше многостатейность уложенія о нак. по отношенію къ должностнымъ преступленіямъ Объяснительная Записка къ проекту уголовного улож. 1903 г. и проф. Будзинскій, помимо свойственной вообще уложенію казуистичности, объясняютъ также тѣмъ, что оно содержитъ и «менѣе важныя т. е. дисциплинарныя нарушенія»¹⁾ и что къ должностнымъ преступленіямъ отнесены нѣкоторыя общія преступленія, какъ напр. нанесеніе побоевъ и т. п.

Дѣйствительно, подобно Своду зак., улож. о нак. не отличаетъ должностныхъ преступленій отъ дисциплинарныхъ провинностей; наряду съ должностными преступленіями оно предусматриваетъ и «неотносящіяся до службы разговоры въ присутствіи» (2 п. 416 ст.) и «прибытіе въ присутствіе позднеѣ или уходъ изъ него ранѣе опредѣленнаго часа» (1 п. 416 ст.), при чемъ упоминается даже седьмое опозданіе или седьмой ранній уходъ и т. п.²⁾ Различіе между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, по уложенію о нак., лишь въ послѣдствіяхъ: за преступленія виновные отвѣчаютъ по суду, за дисциплинарныя провинности—въ порядкѣ дисциплинарной отвѣтственности. Составители улож. о нак., вообще весьма скудные на объясненія, ничего не говорятъ о разграниченіи этихъ двухъ понятій, и только

толкуемы въ распространительномъ смыслѣ, а не предусмотрѣнное специальными узаконеніями нарушеніе должно быть подведено подъ одну изъ статей общихъ преступленій по службѣ (рѣш. 1874 г. 707). По сему представляется неправильнымъ присужденіе должностныхъ лицъ почтоваго вѣдомства къ наказанію за содѣянные ими преступленія, на основаніи ст. 1481 уст. тамож., 805 и 811 ст. улож., предусматривающихъ исключительно преступленія и проступки таможенныхъ чиновъ и таможенной стражи, и къ дѣянію чиновъ почтоваго вѣдомства должна быть примѣнена 354 ст. улож. (85/18 д. Этельсона и друг.).

¹⁾ См. Объясн. Зап. т. VIII, стр. 39; Будзинскій, ук. соч. стр. 392.

²⁾ Въ этомъ отношеніи улож. о нак. сходится съ нѣкоторыми изъ германскихъ партикулярныхъ кодексовъ первой половины XIX в.

подъ 66 ст. проекта (ст. 65 улож. о нак. изд. 1885 г.) замѣчали: «какъ должностныя лица въ продолженіе службы своей могутъ впадать въ преступленія, совершенно отличныя отъ тѣхъ, въ коихъ виновны бываютъ люди, никакой властью не облеченные, а съ другой стороны они пользуются и правами, прочимъ не предоставленными, то само собою разумѣется, что должны существовать для нихъ, сверхъ обыкновенныхъ, и особенныя роды наказаній, состоящія или въ отнятіи или же въ ограниченіи дарованныхъ имъ правъ или преимуществъ и выгодъ. О сихъ наказаніяхъ нужно было упомянуть въ сей главѣ (т. е. отд. III, ч. 2 особенныя наказанія за преступленія и проступки по службѣ), дабы она заключала въ себѣ полное исчисленіе и опредѣленіе всѣхъ существующихъ въ нашемъ законодательствѣ наказаній и взысканій». Ст. 65 улож. о нак. перечисляетъ эти особенныя наказанія за преступленія и проступки по службѣ. Нѣкоторыя изъ нихъ, какъ то: «замѣчанія и выговоры безъ внесенія въ послужной списокъ могутъ быть опредѣляемы не только по суду, но и по распоряженію непосредственнаго начальства; вычеты же изъ жалованія, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую, удаленіе отъ должности и арестъ до 7 дней опредѣляются по распоряженію того начальства, отъ котораго зависитъ назначеніе къ должности, занимаемой виновнымъ. Всѣ прочія затѣмъ наказанія и взысканія по службѣ налагаются не иначе, какъ по суду» (прим. къ ст. 69).

Такимъ образомъ, всѣ мѣры взысканія могутъ быть назначены судомъ¹⁾, но нѣкоторыя изъ нихъ могутъ

¹⁾ Это обстоятельство даетъ поводъ ф. Резону замѣтить, что «по буквальному тексту улож. о нак. всѣ служебныя взысканія причисляются къ наказаніямъ уголовнымъ и исправительнымъ, безразлично, наложены ли они въ дисциплинарномъ или уголовномъ порядкѣ» (ф. Резонъ—О дисципли-

быть назначены только судомъ, а другіе могутъ быть назначены и помимо суда, въ порядкѣ дисциплинарномъ, начальствомъ провинившагося.

Если признать, что мѣры, перечисленныя въ ст. 65, расположены въ порядкѣ постепенности по ихъ тяжести, то неизбѣжно обнаружится несообразность, что взысканія менѣе тяжкія могутъ быть назначены только по суду, а болѣе тяжкія—начальствомъ виновнаго. На эту несообразность обратилъ вниманіе еще ф. Резонъ въ своей работѣ о дисциплинарномъ правѣ: «уложеніе (прим. къ ст. 69) опредѣляя, что проступки караемые взысканіями, перечисленными въ 4, 5, 7, 8 и 9 п.п. 65 ст. подлежатъ лишь дисциплинарному взысканію, въ тоже самое время постановило, что указанное въ п. 6 той же статьи взысканіе—выговоръ со внесеніемъ въ формулярный списокъ налагается не иначе, какъ по суду. Такимъ образомъ, проступки, караемые, по намѣренію законодателя, болѣе строгими наказаніями (удаленіемъ отъ должности и перемѣщеніемъ съ высшей должности на низшую—4 и 5 п.п. 65 ст.) причислялись къ дисциплинарнымъ, между тѣмъ какъ болѣе легкія взысканія, а слѣдовательно и болѣе мягкіе проступки были отнесены къ наказаніямъ и проступкамъ уголовнымъ»¹⁾.

Но ф. Резонъ опустилъ изъ виду к. р. по дѣлу Васильева (71 391), въ которомъ было выяснено, что девять видовъ наказаній, поименованныхъ въ ст. 65 улож. о нак., не составляютъ девяти степеней, имѣющихъ ту послѣдовательность и постепенность, въ какой слѣдуютъ одно за другимъ наказанія, исчисленныя въ ст.ст. 17 и 30 улож. о нак., и что мѣсто, занимаемое

нарномъ правѣ. Жур. гражд. и уголов. права 1889 г. кн. 8, стр. 6), а по замѣчанію А. А. Жижиленко, въ этой сферѣ по нашему праву еще не дифференцировались понятія уголовного и дисциплинарнаго наказанія. См. Наказаніе, стр. 644.

¹⁾ ф. Резонъ, ук. ст. стр. 7.

тѣмъ или другимъ взысканіемъ, не должно служить показателемъ его тяжести или важности того дѣянія, за которое оно назначено. Но очевидно, что при такой системѣ весьма трудно говорить о какомъ либо разграниченіи дисциплинарныхъ провинностей отъ должностныхъ преступленій. Эта трудность еще болѣе увеличивается вслѣдствіе другихъ разъясненій Сената, въ силу которыхъ «если должностное лицо обвиняется въ преступленіи, предусмотрѣнномъ въ такой ст. улож. о нак., въ которой, кромѣ административныхъ взысканій, опредѣляется и наказаніе, налагаемое не иначе, какъ по приговору суда, то присужденіе этого лица къ той или другой мѣрѣ наказанія или освобожденіе его отъ наказанія, зависить исключительно отъ судебного мѣста, слѣдовательно такое преступленіе не можетъ подлежать вѣдомству административной власти» (84/134—Ветчинкина, приг.).

Такимъ образомъ, дисциплинарныя взысканія могутъ быть налагаемы административнымъ начальствомъ только при наличности двухъ условій: 1) когда дѣяніе виновнаго предусмотрѣно улож. о нак. и 2) когда за означенное дѣяніе опредѣлены взысканія, наложеніе которыхъ предоставлено исключительно компетенціи административнаго начальства ¹⁾).

Въ силу такого ограниченія предѣловъ дисциплинарной отвѣтственности такіе проступки должностныхъ лицъ, какъ напр. медленность, нерадѣніе въ отпущеніи должности (ст. 410, ч. 2), представленіе въ рапортъ или донесеніи дѣла въ видѣ неполномъ или невѣрномъ (ст. 417), несвоевременное доставленіе справокъ или свѣдѣній, отвѣтовъ или объясненій (ст. 336, ч. 2), принужденіе начальникомъ подчиненнаго заниматься дѣлами,

¹⁾ См. С. П. 15 дек. 1869 г. № 9769; 23 февраля 1881 г. № 1525; 18 мая 1881 г. № 3652; 19 дек. 1874 г. № 9670; 12 мая 1870 г. № 3597; съ ограниченіями С. П. 29 января 1879 г. № 961; О. С. 83/24; 902/21.

непринадлежащими къ его обязанностямъ по службѣ (ст. 398) и друг. т. е. дѣянія, имѣющія характеръ дисциплинарныхъ провинностей, наказываются не иначе, какъ уголовнымъ судомъ, такъ какъ въ числѣ наказаній, назначенныхъ за эти дѣянія, находится и выговоръ со внесеніемъ въ формулярный списокъ.

Если узокъ кругъ дѣяній, которыя могутъ быть преслѣдуемы въ дисциплинарномъ порядкѣ, то невеликъ также и выборъ мѣръ дисциплинарнаго взысканія, ибо изъ шести видовъ взысканій, кои могутъ быть назначаемы начальствомъ (замѣчаніе, выговоръ, вычетъ изъ жалованія, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую, удаленіе отъ должности и арестъ до 7 дней), перемѣщеніе на низшую должность и арестъ фактически не могутъ быть назначены начальствомъ: о перемѣщеніи на низшую должность упоминается во 2 ч. 410 ст. альтернативно съ другими наказаніями, назначаемыми по суду (выговоръ со внесеніемъ въ послужной списокъ), въ другихъ случаяхъ оно можетъ быть примѣнено лишь къ отдѣльнымъ категоріямъ служащихъ (ст. 1133, 1138), равно какъ и арестъ (ст. 908, 1090).

Такимъ образомъ, V разд. улож. о нак. отличается не только полнымъ смѣшеніемъ дисциплинарныхъ провинностей съ должностными преступленіями, но и преобладаніемъ послѣднихъ надъ первыми, преобладаніемъ, усиленнымъ еще судебной практикой. Отступленіе отъ указаннаго порядка имѣетъ мѣсто лишь въ отношеніи лицъ судебного вѣдомства, которыя могутъ быть подвергнуты дисциплинарному взысканію и за дѣянія, предусмотрѣнныя въ улож. о нак. и въ дополненіе къ наложенному уголовнымъ судомъ наказанію ¹⁾).

¹⁾ См. ст.ст. 295, 295¹, 296 учр. суд. уст. и ст. 139 Полож. объ устр. суд. части.

Такая гипертрофія судебной отвѣтственности за счетъ дисциплинарной ставить должностныхъ лицъ подъ защиту суда даже въ случаяхъ маловажныхъ; она могла бы гарантировать ихъ отъ усмотрѣнія начальства, еслибы не было пресловутой ст. 788 т. III Св. зак. о службѣ гражданской, предоставляющей начальству право увольнять отъ должности чиновниковъ, кои, по убѣжденію начальства, неспособны къ исправленію возложенныхъ на нихъ должностей или почему-либо не благонадежны, или сдѣлали вину, извѣстную начальству, но такую, которая не можетъ быть доказана фактами. Эта статья стоитъ въ полномъ противорѣчій съ началами, усвоенными улож. объ отвѣтственности должностныхъ лицъ и существенно подрываетъ значеніе судебной гарантіи ¹⁾. Правда, такое широкое примѣненіе судебной отвѣтственности, устанавливаемое уложеніемъ о нак. по отношенію къ должностнымъ лицамъ, признается не всегда цѣлесообразнымъ ²⁾,

¹⁾ Появленіе въ уставѣ о службѣ знаменитаго третьяго пункта (ст. 838, п. 3, т. III Св. Зак. Прод. 1906 г. и 1908 г.) обосновывалось въ свое время недостаткомъ дисциплинарной власти. Положеніе Комитета Министровъ 7 ноября 1850 г., установившее этотъ пунктъ, было вызвано представленіемъ статсъ-секретаря Танѣева о тѣхъ затрудненіяхъ, въ какія ставится инспекторскій департаментъ сохраняющейся вопреки постановленіямъ уложенія практикой „отставленія“ отъ должности безъ объясненія причинъ. Танѣевъ предлагалъ постановить, что бы впредь допускалось увольненіе безъ прошенія не иначе, какъ согласно постановленіямъ уложенія. Но другіе члены Комитета, особенно графъ Блудовъ и графъ Панинъ, представившіе о томъ спеціальныя записки, находили такой порядокъ практически невозможнымъ и считали необходимымъ сохранить за начальствомъ право увольнять неблагонадежныхъ чиновниковъ и тогда, когда не могла быть доказана ихъ виновность въ дѣянiяхъ, предусмотрѣнныхъ уложеніемъ. Въ такомъ смыслѣ и состоялось Высочайше утвержденное 7 ноября 1850 г. положеніе Комитета.—Коркуновъ—XXXV гл. проекта угол. улож. (Ж. М. Ю. 1896 г. кн. 3, стр. 102—103). Эта работа проф. Коркунова содержитъ много цѣнныхъ замѣчаній на проектъ комиссіи съ точки зрѣнія государственнаго, подробное разсмотрѣніе которыхъ однако увлекло бы насъ за предѣлы темы.

²⁾ Такъ по мнѣнію большинства Редакціоннаго Комитета С. П. Б. Юридическаго Общества, представившаго свои замѣчанія на проектъ уло-

но единственнымъ выходомъ изъ этого положенія было бы болѣе точное разграниченіе понятій должностного престу-

женія. „расширеніе уголовной наказуемости незаконныхъ должностныхъ дѣяній безъ нужды умножаетъ случаи преслѣдованія должностныхъ лицъ и тѣмъ подрываетъ престижъ органовъ власти, создавая существенную помѣху безпрепятственному отправленію службы. Кромѣ того слишкомъ широкія рамки уголовной наказуемости должностныхъ дѣяній дѣлаютъ необходимымъ сохраненіе нынѣ существующаго едва-ли цѣлесообразнаго порядка преданія суду должностныхъ лицъ ихъ начальствомъ, такъ какъ иначе прокурорскій надзоръ получилъ бы право вмѣшательства во всѣ подробности внутренняго порядка управленія. Наконецъ, въ виду возможности удаленія отъ должности въ дисциплинарномъ порядкѣ и весьма серьезнаго значенія для служащихъ этой кары, уголовное преслѣдованіе по поводу мелкихъ случаевъ злоупотребленія полномочіями власти оказывалось бы большою частью совершенно безцѣльнымъ“. (Объясн. Зап. т. VIII, стр. 52, прим.). Совершенно основательно г. Бардскій обращаетъ напр. вниманіе на неумѣстность привлеченія нотаріусовъ къ судебной отвѣтственности за нарушеніе устава о гербовомъ сборѣ (Объ отвѣтственности должностныхъ лицъ судебного вѣдомства вообще, а въ особенности нотаріусовъ за нарушеніе устава о гербовомъ сборѣ. Ж. М. Ю. 1911 г. № 7, стр. 171). Но едвали можно согласиться съ мнѣніемъ Денисьева, который въ своей статьѣ „Наложеніе дисциплинарныхъ взысканій“ (Ж. М. Ю. 1895 г. № 5, стр. 29—51) подвергаетъ критикѣ рѣшеніе сената (О. С. 83/24), сузившее область чисто дисциплинарной отвѣтственности, и называетъ его неправильнымъ, нецѣлесообразнымъ и невытекающимъ изъ законодательныхъ актовъ (стр. 32). Вопреки столь суровой оцѣнкѣ практики сената, намъ она представляется принципиально правильной и соответствующей основнымъ началамъ процесса, въ силу коихъ дѣяніе подсудно тому судебному мѣсту, которое вправѣ назначить строжайшее наказаніе (ст. 206 у. у. с.) и при коллизіи мѣстъ судебныхъ и административныхъ предпочтеніе должно быть отдано первымъ. Практика эта можетъ быть не вполне цѣлесообразна, какъ слишкомъ расширяющая область судебной отвѣтственности за счетъ дисциплинарной, но устраненіе этого неудобства слѣдуетъ искать въ установленіи болѣе твердой границы, какъ было сказано выше, между должностными дѣйствіями съ одной стороны и дисциплинарными съ другой, а отнюдь не въ предоставленіи усмотрѣнію начальства рѣшенія вопроса о порядкѣ дальнѣйшаго направленія дѣла (См. Денисьевъ, ук. ст. стр. 50). Широта полномочій начальства въ отношеніи служащихъ обезпечена ст. 788 т. III Св. зак. о службѣ гражданской, особымъ порядкомъ преданія суду должностнаго лица и увеличивать ее предоставленіемъ еще новыхъ правъ совершенно излишне. Наша прокуратура въ своей дѣятельности подчинена принципу законности, тѣмъ болѣе неумѣстно устанавливать принципъ удобства въ отношеніи административныхъ органовъ. При осуществленіи предположеній г. Денисьева получилась бы другая крайность — поглощеніе судебной отвѣтственности отвѣтственностью дисциплинарной.

пленія и дисциплинарной провинности съ предоставленіемъ послѣднихъ *foro interno* вѣдомства провинившагося, а первыхъ общему уголовному суду. При существующей системѣ отвѣтственности должностныхъ лицъ послѣднія оказываются ничѣмъ неогражденными отъ произвола своего начальства, которое можетъ предать ихъ суду, разрѣшить дѣло въ дисциплинарномъ порядкѣ или же уволить въ порядкѣ ст. 788 т. III Св. зак. Но открытыя и беззащитныя для начальственной расправы должностныя лица защищены судебнымъ порядкомъ производства отъ притязаній со стороны частныхъ лицъ, затронутыхъ ихъ дѣятельностью и потерпѣвшихъ отъ нихъ. Если мы, кромѣ того, вспомнимъ, что самый порядокъ возбужденія дѣла и преданія суду должностного лица построенъ на принципѣ административной гарантіи, то мы поймемъ причину почти полной неуязвимости его со стороны частныхъ лицъ. Такимъ образомъ, полная беззащитность отъ начальственного усмотрѣнія и полная же увѣренность въ недосыгаемости со всякой другой стороны—таково положеніе должностного лица. Какія отсюда вытекаютъ послѣдствія для выработки служилой этики, служилой чести—понятно всякому.

Итакъ, наше дѣйствующее право не только не ограничиваетъ должностныхъ преступленій отъ дисциплинарныхъ провинностей, но и излишне расширяетъ область первыхъ за счетъ вторыхъ.

Вслѣдствіе этого понятіе должностного преступленія въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ можетъ быть сформулировано въ весьма общихъ выраженіяхъ.

Сущность должностного преступленія заключается въ нарушеніи лежащихъ на лицѣ служебныхъ обязанностяхъ; служебныя обязанности—вотъ тотъ объектъ, который нарушаетъ виновный при учиненіи должностного преступленія. Содержаніе этихъ обязанностей ближайшимъ

образомъ опредѣляется родомъ службы, но общимъ образомъ онѣ могутъ быть опредѣлены, какъ обязанности публичнаго характера, направленные на охраненіе силы законовъ и общественного порядка ¹⁾.

Въ объясненіяхъ къ проекту улож. о нак. въ отношеніи къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ по поводу объекта ихъ содержатся только отрывочныя замѣчанія; такъ напр. къ ст. 416 проекта: «Сіи преступленія (ослушаніе въ дѣлахъ службы и дерзкое обхожденіе съ начальствомъ) принадлежатъ вообще къ дѣйствіямъ, нарушающимъ долгъ подчиненности, но имѣютъ однакожъ различныя виды...» ²⁾; къ ст. 419: «вызовъ начальника на поединокъ, хотя и по случаю, не относящемуся къ дѣламъ службы, есть всегда важное нарушеніе долга» ³⁾. Но помимо этого главнаго объекта, должностныя преступленія иногда заключаютъ въ себѣ еще нарушеніе благъ и интересовъ частныхъ лицъ (66/87, 69/982). Отъ взаимоотношенія этихъ одновременно нарушаемыхъ благъ зависитъ признаніе того или другого дѣянія должностнымъ преступленіемъ или общимъ преступленіемъ, учиненнымъ должностнымъ лицомъ. Такъ улож. о нак. относитъ къ превышенію власти т. е. къ должностному преступленію нѣкоторыя

¹⁾ См. рѣш. Соед. Прис. 1 и угол. кас. деп. 16 сент. 1871 г. по д. Кособрюхова; также рѣш. 24 мая 1873 г. Рѣшающимъ и существеннымъ признакомъ должностного или общаго характера преступнаго дѣянія должно быть признаваемо самое свойство дѣянія и, главнымъ образомъ, свойство нарушенныхъ виновнымъ интересовъ, причемъ для признанія въ преступномъ дѣяніи наличности преступленія по службѣ государственной или общественной необходимо, чтобы дѣяніе составляло нарушеніе тѣхъ обязанностей, которыя возложены на виновнаго самою службою (рѣш. общ. собр. 1891 г. № 9, 1895 г. № 33) и чтобы обязанности эти носили публичный характеръ, состоя въ охраненіи силы законовъ и общественного порядка (рѣш. 1880 г. № 26, 1899 г. № 12); О. С. 89/23; 91/9; 95/33; к. р. 80/25; 99/12.

²⁾ См. стр. 150.

³⁾ См. стр. 151.

посягательства должностныхъ лицъ на тѣлесную неприкосновенность и свободу, учиненныя ими при исполненіи служебныхъ обязанностей (ст. 345, 346, 347, 348, 349), и назначаетъ за нихъ болѣе высокую отвѣтственность сравнительно съ отвѣтственностью за тѣже дѣянія, учиненныя частными лицами (к. р. 99/17; 97/21; 66/89; 72/1336; о. с. 74/34; 72/17); къ должностнымъ преступлениямъ отнесены улож. о нак. подлоги, учиненные должностнымъ лицомъ при исполненіи своихъ обязанностей (ст.ст. 361—364) и различныя посягательства на имущественныя блага (поврежденіе, присвоеніе и растрата—ст.ст. 353—354); нарушеніе тайнъ (ст. 419, 420, 423, 424, 489, 578); мошенничество и обманы (ст. 439, 492, 655, 656) и друг. Всѣ эти дѣянія, несомнѣнно, могутъ быть учинены и частными лицами. Относя ихъ къ V раздѣлу, улож. о нак. подчеркиваетъ преобладаніе въ нихъ нарушенія служебныхъ обязанностей передъ нарушеніемъ интересовъ частныхъ лицъ. Но такъ поступаетъ улож. лишь въ указанныхъ случаяхъ; въ другихъ случаяхъ общее преступленіе, совершенное должностнымъ лицомъ, при отправленіи имъ своей должности, не утрачиваетъ своего коренного характера, опредѣляемого предметомъ преступленія, и виновное въ немъ должностное лицо подлежитъ отвѣтственности, положенной за общее преступленіе, съ увеличеніемъ иногда только мѣры наказанія; такое возвышеніе отвѣтственности мотивируется тѣмъ, что виновникъ, кромѣ совершенія общаго преступления, нарушаетъ при этомъ еще и свои служебныя обязанности, заключающіяся между прочимъ въ охраненіи силы закона и общественнаго порядка (к. р. 71/846; 80/26; 99/12); такъ остаются общими преступлениями учиненныя должностными лицами при исполненіи служебныхъ обязанностей клевета на кого либо должностнымъ лицомъ, хотя бы и въ официальной бумагѣ

(71/846), кража, учиненная во время отправленія служебныхъ обязанностей (о. с. 85/27), изнасилованіе, учиненное также при отправленіи служебныхъ обязанностей (о. с. 911/11). Всѣ эти дѣянія съ такимъ же основаніемъ могутъ быть включены въ V раздѣлъ улож. о нак., съ какимъ перечисленныя выше дѣянія, находящіяся въ V разд. исключены изъ него, съ оговоркой въ соотвѣствующихъ статьяхъ уложенія, что въ случаѣ учиненія дѣянія должностнымъ лицомъ наказаніе назначается въ высшей мѣрѣ ¹⁾).

Такимъ образомъ, различая должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ и преступленія, учиняемыя только должностными лицами, улож. о нак. не проводитъ этого различія въ системѣ распредѣленія законодательнаго матеріала и не обращаетъ надлежащаго вниманія на способъ учиненія преступнаго дѣянія, какъ на одинъ изъ отличительныхъ признаковъ должностного преступленія, съ помощью котораго это послѣднее можетъ быть отдѣлено отъ общаго дѣянія, учиненнаго должностнымъ лицомъ.

Распространенное въ западно - европейской доктринѣ и судебной практикѣ дѣленіе должностныхъ преступленій на чистыя и смѣшанныя было усвоено и нашими судебными мѣстами. Еще въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта по д. Янковского, Косарева и другихъ, Государственный Совѣтъ высказалъ взглядъ: «преступленія по должности или по службѣ, какъ показываетъ и самое названіе, принадлежатъ къ разряду преступленій особенныхъ, въ томъ смыслѣ, что они могутъ быть совершаемы только служебными или должностными лицами, въ противопо-

¹⁾ Такой пріемъ рекомендовали Лохвицкій (Курсъ русскаго уголовного права, изд. 2, стр. 438) и Будзинскій (О преступленіяхъ въ особенности, стр. 392).

ложность преступленіемъ общимъ, виновникомъ въ учиненіи которыхъ можетъ быть каждый гражданинъ государства. Посему въ общемъ правилѣ участіе частнаго лица въ преступленіи по службѣ не можетъ имѣть мѣста. Но это правило не есть правило безусловное, а допускаетъ исключенія, вызываемыя самимъ предметомъ служебныхъ преступленій или родомъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя они нарушаютъ. Внимательное разсмотрѣніе раздѣла V уложенія о наказаніяхъ показываетъ, что преступленія и проступки по службѣ государственной и общественной распадаются на двѣ главныя группы: 1) на преступленія и проступки, заключающіеся въ нарушеніи исключительно однѣхъ лишь служебныхъ обязанностей, тою или другою должностю на лицо возложенныхъ, и 2) на преступленія и проступки, учиненіе которыхъ заключается въ себѣ, сверхъ нарушенія обязанностей службы, еще и обыкновенное общее преступленіе, преслѣдуемое само по себѣ независимо отъ того, будетъ ли оно совершено должностнымъ лицомъ или же частнымъ человекомъ». Та же точка зрѣнія была усвоена и послѣдующей сенатской практикой ¹⁾.

Пятый раздѣлъ улож. о нак. озаглавленъ: «О преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ государственной и общественной», откуда видно, что возможными виновниками являются лица, состоящіе на службѣ государственной и общественной, при чемъ въ эпоху созданія уложенія—по преимуществу состоящіе на государственной службѣ т. е. чиновники. Уложеніе не даетъ опредѣленія должностнаго лица, а говоритъ или о «виновномъ», или о «должностномъ лицѣ», или о «чиновникѣ»

¹⁾ Срав. кас. рѣш. 1873 г. № 318, особенно кас. рѣш. 1882 г. № 40 по д. Саркисова, 1883 г. № 27 по дѣлу о злоупотребленіяхъ въ Кронштадтскомъ коммерч. банкѣ, 1884 г. № 13 по д. Мельничихъ, 1885 г. № 28 по дѣлу о злоупотребленіяхъ въ Таганрогской таможнѣ.

(ст. 338—340, 343) или о «лицахъ, состоящихъ на службѣ государственной или общественной» (ст. 346, 372, 392), а въ гл. XI разд. V: «О преступленіяхъ и проступкахъ по нѣкоторымъ особннымъ родамъ службы»—о желѣзно-дорожныхъ служащихъ (ст. 384²⁾), о чинахъ полиціи (ст. 430 и др.), землемѣрахъ (ст. 436, 438—441, 443, 444), чиновникахъ монетнаго двора (ст. 569—578) и т. д. Постепенно кругъ возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій путемъ судебной практики значительно раздвинулся, включивъ не только должностныхъ лицъ въ собственномъ смыслѣ, но и другихъ, кои приравнены по своему положенію лицамъ должностнымъ ¹⁾.

За тѣмъ, не въ качествѣ главныхъ виновниковъ, а лишь пособниковъ и подстрекателей къ должностнымъ преступленіямъ могутъ быть и частныя лица. Ихъ участіе представляется, конечно, возможнымъ лишь въ отношеніи къ такъ называемымъ смѣшаннымъ должностнымъ преступленіямъ, гдѣ должностное положеніе виновника является лишь обстоятельствомъ квалифицирующимъ, а преступленіе по своей природѣ имѣетъ общій характеръ. Частныя лица—участники такихъ преступныхъ дѣяній отвѣчаютъ какъ за простое дѣяніе, такъ напр. неслужащіе пособники и укрыватели служебной растраты (ст. 354) наказываются какъ за пособничество или укрывательство растраты простой (к. р. 84/13); участвовавшее въ подлогѣ должностнаго лица частное лицо подлежитъ наказанію лишь въ томъ случаѣ, когда совершенное имъ дѣяніе является подлогомъ не только съ точки зрѣнія служебной, но и въ смыслѣ нарушенія общаго уголовного закона (к. р. 85/28) ²⁾.

¹⁾ Подробнѣе объ этомъ будетъ сказано ниже въ главѣ о субъектѣ должностнаго преступленія.

²⁾ Болѣе подробно объ участіи частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ см. ниже въ главѣ о субъектѣ должностнаго преступленія.

Таковы общія черты постановлений о должностныхъ преступленіяхъ въ улож. о нак. Въ существѣ своемъ они представляютъ, дѣйствительно, только «усовершенствованіе» принциповъ, усвоенныхъ Сводомъ: тоже отсутствіе принципиальнаго разграниченія должностного преступленія и дисциплинарной провинности, тоже нарушеніе служебнаго долга, какъ объектъ правонарушенія.

У. Должностныя преступленія въ уголовномъ уложеніи 1903 г.

Изученіе вопроса о должностныхъ преступленіяхъ въ уголовномъ уложеніи значительно облегчается обширной объяснительной запиской, въ которой содержится подробная мотивировка принятыхъ составителями положеній. Изъ этого источника мы можемъ почерпнуть всѣ свѣдѣнія о руководящихъ взглядахъ составителей на основные вопросы ученія о должностныхъ преступленіяхъ: о мѣстѣ этихъ дѣяній въ системѣ, о природѣ ихъ, объ отличіи ихъ отъ преступленій общихъ и отъ дисциплинарныхъ провинностей, виновникѣ должностныхъ преступленій и т. п. Правда, глава о преступныхъ дѣяніяхъ по службѣ подверглась существеннымъ измѣненіямъ при разсмотрѣніи проекта редакціонной комиссіи въ послѣдующихъ инстанціяхъ, особенно же въ совѣщаніи при Министерствѣ Юстиціи и въ Особомъ Присутствіи департаментовъ Государственнаго Совѣта, но эти измѣненія коснулись, главнымъ образомъ, частныхъ и не затронули общихъ основъ, выработанныхъ проектомъ.

Усвоенный улож. о нак. взглядъ на должностныя преступленія, какъ на преступленія противъ порядка управленія былъ принятъ и комиссіей по составленію новаго угол. улож., какъ это видно изъ Объясн. Зап. Но согласившись въ этомъ вопросѣ, во всемъ дальнѣйшемъ построеніи должностныхъ преступленій Комиссія

предполагала первоначально весьма далеко отойти отъ дѣйствующаго законодательства. Исходя изъ положенія, что «началомъ отвѣтственности служащаго за преступныя дѣйствія по службѣ является злоупотребленіе въ порядкѣ управленія правами, принадлежащими самой Верховной Власти или установленнымъ ею органамъ государственнаго управленія», комиссія находила, что при такомъ принципѣ, собственно говоря, безразлично, кто именно злоупотребляетъ такими правами — частное лицо или должностное¹⁾.

Такое построеніе должностныхъ преступленій, при которомъ признакомъ, разграничивающимъ эту группу дѣяній отъ другихъ, являлся способъ дѣйствія — злоупотребленіе властью, доступный какъ должностнымъ лицамъ, коимъ власть принадлежитъ по праву, такъ и частнымъ лицамъ, которыя ее узурпировали, такое построеніе совершенно стирало грань между должностными преступленіями и преступленіями общими.

Эти предположенія Комиссіи не встрѣтили сочувствія. Редакціонный Комитетъ С.-Петербургскаго Юридическаго Общества совершенно справедливо отмѣтилъ, что «злоупотребленіе службою» можетъ быть учинено исключительно лицомъ, уполномоченнымъ на дѣятельность въ порядкѣ государственнаго управленія, частное же лицо можетъ нарушить «основной законъ объ управленіи подчиненномъ» только путемъ захвата власти. «Нарушить же его (основной законъ объ управленіи подчиненномъ) чрезъ самовольное участіе въ управленіи подчиненномъ, съ отступленіемъ отъ установленнаго образа дѣйствія, и вообще не на основаніи и не сообразно закону, — частное лицо не можетъ, ибо самый фактъ участія въ управленіи для частнаго лица будетъ преступнымъ захватомъ власти,

¹⁾ См. Объясн. Зап. т. VIII, стр. 29.

никакого образа дѣйствія для него не установлено и всякое его дѣйствіе будетъ дѣйствиємъ не на основаніи и не сообразно, а вопреки закону... Все, что бы ни совершилъ захватившій власть, будетъ юридически ничтожно... Такимъ образомъ, нарушение закона объ управленіи подчиненномъ лицами частными съ одной стороны и органами власти—съ другой не имѣетъ единства ни по предмету, ни по послѣдствіямъ посягательства»¹⁾).

Комиссія была вынуждена признать основательность этихъ соображеній и измѣнила свои предположенія, допустивъ примѣненіе главы: «О преступныхъ дѣяніяхъ по службѣ государственной и общественной» лишь къ лицамъ служащимъ²⁾).

Но хотя Комиссія и отказалась отъ своихъ первоначальныхъ предположеній, слѣды ихъ съ явнымъ ущербомъ для ясности и послѣдовательности изложенія сохра-

¹⁾ См. Объясн. Зап. т. VIII, стр. 29—31.

²⁾ См. Объясн. Зап. т. VIII, стр. 34. Къ первоначальной точкѣ зрѣнія на должностныя преступленія, усвоенной Редакціонной Комиссіей, склоняется г. Лозина-Лозинскій, по мнѣнію котораго „различіе между дисциплинарными провинностями и должностными преступленіями настолько принципиально, что преступленія должности по своимъ признакамъ ближе къ общимъ преступленіямъ, чѣмъ къ дисциплинарнымъ провинностямъ... но если обратиться къ ближайшему разсмотрѣнію особыхъ преступленій должности (превышеніе власти, служебные подлоги, растраты, махинація, лихоимство, неправоудіе и т. д.), то нельзя не прийти къ убѣжденію, что принципиально они представляютъ изъ себя посягательства на тѣже самыя нормы, какъ преступленія: нарушение неприкосновенности государственнаго порядка, жизни, здоровья, чести, свободы, чужого имущества и интересовъ, и отличаются отъ общихъ преступленій лишь тѣмъ, что учинены лицами, обязанными по своему положенію блюсти установленныя государствомъ нормы и обладающими полномочіями власти; ни одно изъ этихъ отличій не имѣетъ принципиальнаго значенія: первое является лишь обстоятельствомъ, усиливающимъ вину, второе же расширяетъ передъ преступникомъ только выборъ способовъ совершения преступленія и слѣдовательно, облегчаетъ его возможность. Мнѣ не приходится въ голову,—заявляетъ въ заключеніе г. Лозина-Лозинскій—ни одно должностное преступленіе, которое принципиально—по своему объекту—отличало съ бы отъ общихъ преступленій“. См. Лозина-Лозинскій—Служебныя провинности и дисциплинарныя взысканія, Право, 1900 г., стр. 947.

нились въ Объяснительной Запискѣ, между прочимъ въ подчеркиваніи способа дѣйствія, который, дѣйствительно, какъ мы увидимъ ниже, имѣетъ значеніе при разграниченіи должностныхъ преступленій отъ преступленій общихъ, но не первостепенное: «Способъ дѣйствія виновнаго, читаемъ въ Объяснительной Запискѣ, является однимъ изъ самыхъ существенныхъ признаковъ не только для отличія должностныхъ преступленій отъ преступленій, учиненныхъ служащими въ качествѣ частныхъ лицъ, но въ извѣстномъ отношеніи и для отличія чисто служебныхъ дѣяній—отъ общихъ преступленій служащихъ, совершенныхъ ими въ качествѣ лицъ должностныхъ»¹⁾).

Но это только слѣды, въ основномъ же Комиссія, отказавшаяся отъ первоначальныхъ намѣреній, осталась вѣрной началамъ дѣйствующаго права.

Комиссія отличаетъ понятіе службы, какъ «особаго рода государственной дѣятельности» отъ понятія «должности» и на основаніи этого различія называетъ преступленія служебными, а не должностными, такъ какъ должностными преступленіями, по мнѣнію Комиссіи, могутъ быть названы только тѣ, виновниками которыхъ являются состоящіе на дѣйствительной государственной или общественной службѣ²⁾). Это замѣчаніе, неправильное по существу, такъ какъ обращаетъ вниманіе исключительно на субъекта преступнаго дѣянія, между тѣмъ какъ необходимо имѣть въ виду и содержаніе дѣянія,

¹⁾ Въ другомъ мѣстѣ Комиссія существенно ограничиваетъ значеніе способа дѣйствія. См. тамъ же, стр. 7. Только остаткомъ первоначальныхъ предположеній Комиссіи можно объяснить такое замѣчаніе: „но частныя лица могутъ не только учинять преступныя дѣянія служебнаго характера, но и быть участниками таковыхъ дѣяній, учиненныхъ служащими“. Тамъ же, стр. 35. Вообще слѣдуетъ замѣтить, что это отступленіе отъ первоначальныхъ взглядовъ невыгодно отразилось на содержаніи объясненій.

²⁾ Объясн. Зап. т. VIII, стр. 9.

кругъ нарушаемыхъ дѣяніемъ благъ и интересовъ,—не согласовано съ другими мѣстами Объясн. Зап., гдѣ не придается такого рѣшающаго значенія формальному положенію субъекта преступленія. «Основаніемъ особой наказуемости слѣдуетъ признать не службу самое по себѣ, а осуществленіе актовъ власти и при томъ безразлично, на службѣ или нѣтъ,—замѣчаетъ Коркуновъ.—Если подъ должностью разумѣть опредѣленную совокупность полномочій власти, то можно сказать, что особой наказуемости требуютъ не служебныя, а должностныя преступныя дѣянія»¹⁾. Наконецъ, съ точки зрѣнія нарушаемаго при этихъ преступныхъ дѣяніяхъ правового блага, каковой чаще всего опредѣляется какъ долгъ службы, наименованіе преступленій «должностными» кажется болѣе предпочтительнымъ.

Какъ указано было выше, Комиссія относитъ должностныя преступленія къ группѣ дѣяній, направленныхъ противъ порядка управленія. Преступленія противъ порядка управленія могутъ быть двухъ родовъ: первая группа заключается въ нарушеніи гражданами требованій не только не препятствовать осуществленію государственной дѣятельности въ области управленія, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже содѣйствовать осуществленію этой дѣятельности; вторая группа посягательствъ на порядокъ управленія—это преступныя дѣянія по службѣ государственной и общественной. Эти послѣднія Комиссія дѣлила также на двѣ группы, слѣдуя въ этомъ отношеніи обще-принятымъ взглядамъ въ западно-европейской литературѣ. Первую группу составляютъ преступныя дѣянія общія, но учиняемыя особымъ способомъ, именно съ помощью злоупотребленія служебными полномочіями.

¹⁾ Коркуновъ. XXXV гл. Проекта угол. улож., стр. 3, 14; Жур. М-ва Юст. 1896 г. кн. IV.

По проекту редакціонной комиссіи было предположено ввести особую статью, которая говорила бы объ отвѣтственности служащихъ за общія преступныя дѣянія, но учиненныя служебнымъ образомъ дѣйствія¹⁾; но при обсужденіи проекта въ совѣщаніи при министерствѣ юстиціи включеніе въ законъ такого постановленія было найдено излишнимъ по слѣдующимъ соображеніямъ: «въ Объяснительной Запискѣ введеніе въ проектъ ст. 538 (по проекту ред. ком.) мотивируется тѣмъ соображеніемъ, что все учиненное служащимъ служебнымъ способомъ несходно, по крайней мѣрѣ, по одному изъ своихъ признаковъ, съ составомъ общихъ преступленій, а потому при отсутствіи «особаго указанія на уголовную наказуемость случаевъ сего рода они оставались бы безнаказанными и какъ общее преступленіе и какъ злоупотребленіе службою» (т. VIII, стр. 57). Однако при оцѣнкѣ этого соображенія слѣдуетъ замѣтить, что постановленія проекта по значенію, которое они придаютъ способу дѣйствія виновнаго, распадаются на двѣ группы: одни не обусловливаютъ преступности предусмотрѣннаго ими дѣянія способомъ совершенія, а запрещаютъ подъ страхомъ наказанія либо дѣянія само по себѣ (безотносительно къ его послѣдствіямъ), либо тотъ или другой преступный результатъ дѣянія, но также безъ указанія на способы, коими такой результатъ достигнутъ; другіе ставятъ наказуемость дѣянія въ зависимость отъ употребленія виновнымъ указанныхъ въ самомъ законѣ средствъ или способовъ дѣйствія, обмана, насилія надъ личностью и т. п. Въ отношеніи постановленій первой

¹⁾ Ст. 538 проекта ред. ком. гласила: «служащій, виновный въ учиненіи или въ участіи въ учиненіи преступнаго дѣянія, предшесшими (2—34) главами предусмотрѣннаго, посредствомъ злоупотребленія своею обязанностью или полномочіемъ, или посредствомъ угрозы притѣсненіемъ или инымъ злоупотребленіемъ властью. буде за сіе неопредѣлено особаго наказанія, подвергается наказанію, за сіе преступное дѣяніе опредѣленному».

группы надлежитъ признать, что коль скоро законъ не обусловливаетъ преступности наличностью того или другого (общаго или служебнаго) способа дѣйствія, то и безъ особой оговорки закона служащій, совершившій описанное въ законѣ дѣяніе или вызвавшій своей дѣятельностью указанныя въ законѣ послѣдствія, будетъ подлежать отвѣтственности на основаніи общихъ правилъ, хотя бы онъ пользовался при этомъ особыми способами, доступными только служащимъ, тѣмъ болѣе, что эти особенные способы (бездѣйствіе властью, злоупотребленіе служебными полномочіями и угроза притѣсненіемъ) вполне подходятъ подъ общіе признаваемые закономъ типы преступной дѣятельности—содѣяніе, бездѣйствіе, интеллектуальная виновность. Такимъ образомъ, изложенное въ ст. 538 правило могло бы имѣть практическое значеніе только въ случаѣ примѣненія его къ постановленіямъ второй группы, предусматривающимъ преступныя дѣянія, учиненныя особо указанными въ законѣ способами, ибо оно значительно расширило бы кругъ наказуемыхъ дѣйствій. Но къ этимъ именно постановленіямъ ст. 538, по предположенію редакціонной комиссіи, не должна имѣть примѣненія (т. VIII, стр. 147) и съ таковымъ взглядомъ комиссіи нельзя не согласиться, такъ какъ, если преступность того или другого дѣянія заключается не въ его послѣдствіяхъ, а исключительно въ способѣ дѣйствія виновнаго, то достиженіе тѣхъ же послѣдствій другимъ способомъ, хотя бы и незаконнымъ, можетъ служить основаніемъ для установленія особой отвѣтственности, но не даетъ права отождествлять дѣянія, несходныя въ самомъ существенномъ, обуславливающимъ ихъ преступность, признакъ»¹⁾. Соображенія эти вполне основательны, и сохраненіе въ уложеніи ст. 538 повлекло-бы за собою чрезвычайное

¹⁾ Представленіе Мин. Юстиціи, стр. 247—249.

расширеніе круга должностныхъ преступленій и уничтоженіе грани, отдѣляющей ихъ отъ общихъ преступленій, учиняемыхъ служащими.

Вторую группу составляютъ преступныя дѣянія не служащаго, а по службѣ, т. е. въ сферѣ служебной дѣятельности. Это—преступленія по службѣ въ тѣсномъ смыслѣ слова¹⁾.

Предметомъ охраны при преступленіяхъ по службѣ является долгъ службы; онъ заключается въ законѣрномъ и цѣлесообразномъ образѣ дѣятельности служащаго, составляетъ существенное условіе государственной службы и имѣетъ огромную государственную и общественную важность. Вслѣдствіе такого значенія этого блага оно выдвинуто Комиссіей на первый планъ, за счетъ всѣхъ другихъ благъ, которыя не только затрогиваются, но и нарушаются при должностныхъ преступленіяхъ. «Обезпеченіе порядка службы, исполненіе служебныхъ обязанностей,—справедливо замѣчаетъ Коркуновъ,—поставлено на первое мѣсто: охрана частныхъ лицъ и общества отъ возможныхъ злоупотребленій властью, присвоенной той или другой должности, отодвинуты совершенно на задній планъ»²⁾.

Въ результатѣ своихъ разсужденій Комиссія приходитъ къ такому опредѣленію преступленій по службѣ въ тѣсномъ смыслѣ слова: это «вредоносная или незаконѣрная, а посему преступная дѣятельность въ порядкѣ подчиненнаго государственнаго управленія лица, уполномоченнаго на такого рода дѣятельность»³⁾. Это пониманіе должностныхъ преступленій, какъ «преступленій въ порядкѣ управленія подчиненнаго», Комиссія противопоставляетъ пониманію должностныхъ преступленій,

¹⁾ См. Объясн. Зап., стр. 5—6.

²⁾ Коркуновъ, ук. ст., стр. 26.

³⁾ См. Объясн. Зап. т. VIII, стр. 6, 10.

какъ злоупотребленія должностью и должностными полномочіями ¹⁾).

Трудность разграниченія преступленій по службѣ отъ преступленій общихъ заключается, по мнѣнію Комиссіи, въ томъ что «служебный образъ дѣйствій не всегда рѣзко отличается отъ общаго» и что «злоупотребленіе по службѣ неуловимыми чертами отдѣляется отъ злоупотребленія гражданскаго» ²⁾. Отмѣчаемая Комиссіей трудность показываетъ только, что способу дѣйствія нельзя придавать того значенія, которое первоначально имѣла въ виду придать ему Комиссія, выставляя его въ качествѣ единственнаго критерія для разграниченія должностныхъ преступленій отъ другихъ категорій преступныхъ дѣяній.

Правильнѣе, какъ увидимъ ниже, другое замѣчаніе Комиссіи, что въ преступленіяхъ служебныхъ часто можно установить наличность двухъ нарушенныхъ интересовъ: частнаго и «интереса служебной дѣятельности», поэтому «многіе отдѣлы служебныхъ преступленій въ ихъ конструкціи получаютъ характеръ какъ бы дополнительныхъ постановленій къ общимъ преступнымъ дѣяніямъ» ³⁾.

Болѣе подробно Комиссія остановилась на разграниченіи должностныхъ преступленій отъ дисциплинарныхъ провинностей, исключила эти послѣднія изъ уложенія, и въ этомъ отношеніи существенно отклонилась отъ системы дѣйствующаго права, смѣшивавшаго обѣ группы дѣяній.

Имѣя въ виду составить не сводъ преступныхъ дѣяній, подъ которыми Комиссія подразумѣвала выборку

¹⁾ Тамъ же, стр. 11. Но это пониманіе не проводится Комиссіей послѣдовательно: при выясненіи сущности должностныхъ преступленій Комиссія постоянно говоритъ именно о злоупотребленіи властью, полномочіями. См. стр. 49—50, 71—72.

²⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 7.

³⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 39.

изъ законовъ того, что ими вообще запрещено, а уголовное уложеніе въ которое должны быть включены лишь преступныя дѣянія, наказуемыя въ порядкѣ уголовного суда, Комиссія, согласно данному ей порученію, выдѣлила въ особый дисциплинарный уставъ всѣ служебныя провинности, ограничивъ кругъ уголовно-наказуемыхъ дѣяній служащихъ лишь тѣми, «кои могутъ быть названы злоупотребленіями по службѣ въ строгомъ смыслѣ этого слова».

Поставленная Комиссіей задача обязывала ее найти болѣе или менѣе точный признакъ, разграничивающій двѣ смежныя группы понятій, но въ разрѣшеніи этой задачи Комиссія пошла по пути проторенному, почему въ результатѣ въ сущности осталась на точкѣ зрѣнія дѣйствующаго права ¹⁾.

«Общее понятіе злоупотребленія по службѣ въ смыслѣ нарушенія служебнаго долга, выразившагося въ незаконной дѣятельности въ порядкѣ управленія, одинаково охватываетъ какъ дисциплинарныя провинности, такъ и преступныя дѣянія по службѣ». Какъ общее правило, — говоритъ Комиссія, всѣ дѣянія служащаго, заключающія въ себѣ нарушеніе интересовъ службы, должны почитаться служебными провинностями, которыя лишь при извѣстныхъ, опредѣляемыхъ уголовнымъ закономъ условіяхъ, обращаются въ преступныя дѣянія ²⁾.

Такимъ образомъ, по мнѣнію Комиссіи, между этими двумя видами нарушеній нѣтъ принципиальнаго различія, такъ какъ и въ томъ и другомъ заключается нарушеніе служебнаго долга, въ смыслѣ нарушенія обязанностей и злоупотребленія полномочіями, и такъ какъ оба они

¹⁾ Лозина-Лозинскій. Служебныя провинности и дисциплинарныя взысканія. Право, 1900 г., стр. 817.

²⁾ Уставъ о служебныхъ провинностяхъ. Проектъ и объясненія Редакціонной Комиссіи. С. П. Б. 1898 г., стр. 3, 4.

предполагаютъ незаконѣрную дѣятельность ¹⁾). Различіе между ними Комиссія ищетъ въ видовыхъ признакахъ, въ зависимости отъ отдѣльныхъ видовъ преступной дѣятельности въ порядкѣ управленія и даже въ зависимости отъ общихъ условій государственной службы и государственнаго строя. При установленіи такого видового различія необходимо, по мнѣнію Комиссіи, отдѣлить общія преступныя дѣянія, учиняемыя образомъ дѣйствія служащаго, и специально служебныя преступныя дѣянія. Въ общихъ преступныхъ дѣяніяхъ къ области дисциплинарныхъ провинностей могутъ быть, по правилу, относимы всѣ преступныя дѣянія, включаемыя по размѣрамъ, назначаемыхъ за нихъ наказаній въ область нарушеній, въ специально служебныхъ преступныхъ дѣяніяхъ признаками разграниченія будутъ: субъективный—свойство преступной воли, и объективный—характеръ вреда. Въ первомъ отношеніи къ области уголовно-наказуемыхъ дѣяній, по общему правилу, отойдутъ только дѣянія, учиненныя съ умысломъ и даже по побужденію корыстному или иному несовмѣстному съ долгомъ службы; съ точки зрѣнія вреда всѣ тѣ дѣянія, въ коихъ будетъ одно лишь формальное нарушеніе служебныхъ обязанностей или одна нецѣлесообразная дѣятельность, будутъ входить въ область дисциплинарныхъ провинностей, и въ ту же группу отойдутъ даже и вредоносныя злоупотребленія службою, какъ скоро самый вредъ для порядка управленія и для частныхъ лицъ будетъ маловажнымъ ²⁾). Такимъ образомъ, дисциплинарная провинность, по мнѣнію Комиссіи, имѣетъ

¹⁾ Служебныя правонарушенія, по опредѣленію Набокова, распределены Комиссіей въ два концентрические круга, изъ коихъ больший объимаетъ собою всѣ провинности, всякую формально или матеріально незаконѣрную дѣятельность по службѣ, меньшій заключаетъ въ себѣ тѣ проявленія такой незаконѣрной дѣятельности, которыя представляются немаловажными. (Сборникъ статей по уголов. праву, ст. 159).

²⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 49—50.

мѣсто, когда дѣятельность служащаго только не соответствуетъ общимъ цѣлямъ государственной службы или тѣмъ особымъ цѣлямъ, къ осуществленію которыхъ призванъ данный служащій, если при томъ онъ проявляетъ лишь недостатокъ рачительности и вниманія, неправильное пониманіе своихъ обязанностей, или когда эта дѣятельность нарушаетъ служебную дисциплину и порядокъ подчиненности; напротивъ, служебное преступленіе имѣетъ мѣсто, когда дѣятельность является сознательно противорѣчащей лежащимъ на служащихъ обязанностямъ или становится прямо вредоносной по отношенію къ интересамъ частнаго лица или государства, или когда она включаетъ нарушеніе такихъ условій, которыя считаются существенными гарантіями правомѣрной государственной жизни ¹⁾. Существенными признаками должностныхъ преступленій Комиссія признавала слѣдующіе: 1) умысленность («умышленное незаконѣрное дѣйствіе по службѣ во вредъ интересамъ государства, общества или отдѣльныхъ лицъ») и 2) наличность особой цѣли—«изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ или противозаконныхъ видовъ», «по корыстному или иному несовмѣстному съ долгомъ службы побужденію». Признакъ цѣли Комиссія признаетъ особенно пригоднымъ для отграниченія должностныхъ преступленій отъ служебныхъ провинностей ²⁾).

Всѣ эти разсужденія Комиссіи вызываютъ нѣкоторыя сомнѣнія. Уподобляя отношеніе дисциплинарныхъ провинностей къ должностнымъ преступленіямъ отношеніямъ нарушеній къ проступку или преступленію, Комиссія наглядно подчеркиваетъ ихъ однородность и количественный, а отнюдь не качественный характеръ ихъ различія. Взглядъ Комиссіи въ этомъ отношеніи вполне

¹⁾ См. Объясн. Зап., стр. 8.

²⁾ Тамъ же, стр. 66—67.

сходенъ съ началами дѣйствующаго права, которое изъ общей массы должностныхъ преступленій выдѣляетъ особый видъ—дисциплинарныя провинности. Но Комиссія не ограничивается этимъ по пути слиянія должностныхъ преступленій съ дисциплинарными провинностями: она допускаетъ поглощеніе понятіемъ дисциплинарной провинности даже общаго преступнаго дѣянія, но «учиняемаго образомъ дѣйствія служащаго». Между тѣмъ о сходствѣ или различіи можетъ быть рѣчь вообще лишь въ отношеніи дисциплинарныхъ провинностей и только тѣхъ должностныхъ преступленій, которыя Комиссія именуетъ специальными служебными преступленіями, а отнюдь не въ отношеніи «общихъ преступленій, учиняемыхъ образомъ дѣйствія служащаго», такъ какъ если есть на лицо общее преступленіе, хотя бы и маловажное, подходящее подъ понятіе нарушенія (*contravention*), если есть, слѣдовательно, нарушеніе какого либо опредѣленнаго правового блага, помимо нарушенія служебной обязанности, то это нарушеніе не можетъ и не должно быть оставляемо безъ вниманія и поглощаемо понятіемъ дисциплинарной провинности. Поэтому, попытка разграниченія между дисциплинарной провинностью и общимъ преступленіемъ, дѣлаемая Комиссіей, не можетъ быть признана правильной. Кромѣ того, она не соответствуетъ самому понятію дисциплинарной провинности, устанавливаемому Комиссіей, ибо въ этомъ понятіи подчеркивается прежде всего служебный долгъ и служебныя обязанности и нѣтъ рѣчи о нарушеніи какихъ либо другихъ благъ и интересовъ ¹⁾).

¹⁾ Дѣлаемая Комиссіей попытка разграниченія должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей встрѣтила возраженія и со стороны Редакціоннаго Комитета С. П. В. Юридическаго Общества, который высказалъ: «раздѣленіе преступленій, проступковъ, нарушеній составляетъ и по проекту подраздѣленіе не незаконныхъ дѣйствій вообще, а только

По поводу установленныхъ Комиссіей отличительныхъ признаковъ должностныхъ преступленій слѣдуетъ также замѣтить, что Комиссія придерживалась указанныхъ признаковъ не вполне послѣдовательно, такъ какъ среди уголовно наказуемыхъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ XXXVII гл. улож. (XXXV гл. проекта) встрѣчаются дѣянія неосторожныя и дѣянія, неприносящія непосредственнаго вреда. Выдвигаемый Комиссіей признакъ цѣли не отличается опредѣленностью; кромѣ того, и это особенно важно, возможно учиненіе преступнаго дѣянія и по мотивамъ, не противорѣчащимъ долгу службы. Въ административной дѣятельности возможны такого рода случаи, когда органъ власти, въ чрезмѣрномъ служебномъ рвеніи, увлекаясь одностороннимъ стремленіемъ возможно скорѣе и полнѣе осуществить одну какую нибудь ему ввѣренную задачу управленія, нарушаетъ требованіе закона. Но это нарушеніе закона, оправдываемое цѣлесообразностью, не будетъ несовмѣстнымъ съ долгомъ службы и, слѣдовательно, дѣяніемъ уголовно-наказуемымъ, между тѣмъ какъ оно можетъ затрогивать существеннѣйшіе интересы общества и частныхъ лицъ. Въ этихъ случаяхъ похвальная съ точки зрѣнія служебной дисциплины цѣль не можетъ служить основаніемъ для оправданія; въ другихъ случаяхъ, какъ напр. въ сферѣ судебной дѣятельности, признакъ цѣли представляется совершенно излишнимъ, такъ какъ законъ является единственнымъ мѣри-

преступныхъ, влекущихъ за собою уголовную отвѣтственность. Между тѣмъ отнесеніе дисциплинарныхъ провинностей къ числу преступныхъ дѣяній возможно развѣ только подъ условіемъ отождествленія, какъ это и дѣлаютъ составители проекта, всѣхъ незаконныхъ дѣяній съ преступными. Вслѣдствіе этого понятіе преступныхъ служебныхъ дѣяній до нельзя расширяется и признаки вредности и умысленности оказываются уже недостаточными для разграниченія ихъ подраздѣленій» (Объясн. Зап., т. VIII, стр. 51, прим.).

ломъ служебной дѣятельности судьи и всякое отступленіе отъ закона противорѣчитъ служебному долгу¹⁾.

Остановившись на обрисовкѣ существенныхъ признаковъ должностного преступленія, Комиссія сочла нужнымъ установить различіе между понятіями превышенія власти и захвата власти. Выясненіе послѣдняго для Комиссії было важно въ виду придаваемого ею значенія способу дѣйствія. «Законъ, говоритъ Комиссія, устанавливаетъ для отдѣльныхъ органовъ или извѣстной группы органовъ извѣстный кругъ дѣятельности, отдѣляющій ихъ дѣятельность отъ дѣятельности органовъ другой отрасли управленія («предѣлы или сфера власти»)). Кромѣ того, служебная дѣятельность лица всегда обставляется извѣстными условіями и ограниченіями. «Условіе» показываетъ, какъ человекъ долженъ дѣйствовать; «ограниченія» указываютъ, что изъять изъ его компетенціи, какъ предоставленное другимъ болѣе высшимъ или низшимъ органамъ той же самой отрасли управленія. Такимъ образомъ создается понятіе о предѣлахъ и компетенціи вѣдомства и о степени или компетентности власти въ предѣлахъ вѣдомства. Дѣятельность съ нарушеніемъ предѣловъ вѣдомства будетъ захватомъ власти; нарушение условій или ограниченій дѣятельности будетъ превышеніемъ власти (и слѣд. злоупотребленіемъ власти и должностнымъ преступленіемъ), при томъ нарушение условій дѣятельности будетъ составлять простое превышеніе власти, а нарушение ограниченій будетъ безусловнымъ или полнымъ превышеніемъ власти, стоящимъ на границѣ съ захватомъ оной, подъ которымъ разумѣется совершеніе виновнымъ такихъ дѣйствій, совершеніе которыхъ не было ему предоставлено, какъ

¹⁾ См. Коркуновъ. XXXV гл. проекта угол. улож. Ж. М. Ю. 1896 г., кн. IV, стр. 9—12.

функція или компетентность органовъ иной отрасли управленія¹⁾.

Принимаемое Комиссіей подраздѣленіе на простое и безусловное превышеніе власти представляется совершенно излишнимъ и неспособнымъ уяснить сущность дѣла, какъ и установленіе разницы между условіями и ограниченіями, такъ какъ и ограниченіе можетъ быть разсматриваемо, какъ видъ условія. Не согласно со взглядами Комиссії было и С. И. Б. Юридическое Общество²⁾, но устанавливаемое имъ самимъ различіе между захватомъ власти и ея превышеніемъ на основаніи различія понятій вѣдомства и компетенціи, при чемъ нарушеніе вѣдомства должно признаваться захватомъ власти, а нарушеніе компетенціи—превышеніемъ власти,—представляется не болѣе удовлетворительнымъ; вѣдь «компетенція»—иностранный терминъ для опредѣленія того же понятія вѣдомства. Недостаточность критерія выдвинутого Комиссіей видна изъ ея собственнаго замѣчанія: «равнымъ образомъ, говоритъ она, конечно къ захвату власти нужно отнести и учиненіе дѣяній, отнесенныхъ хотя къ той же отрасли управленія, но на которыя уполномочена совершенно иная группа органовъ этой отрасли»; такимъ образомъ, кромѣ компетенціи, компетентности, условій и ограниченій выдвигается еще отрасль управленія, какъ особое отличное понятіе.

Между тѣмъ «захватъ власти» и «превышеніе власти», какъ показываетъ самое наименованіе, отличаются между собою тѣмъ, что первое, т. е., захватъ власти можетъ быть учиненъ только лицомъ, необладающимъ властью, а второе, т. е., превышеніе—лицомъ, уже имѣющимъ власть, но стремящимся расширить ея границы; первый похищаетъ чужую власть, а второй при-

¹⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 71—72.

²⁾ Объясн. Зап., т. VIII, стр. 72, прим.

сваиваетъ себѣ не принадлежащее. Весь вопросъ сводится слѣдовательно къ тому, имѣло ли данное лицо власть или нѣтъ? Захватъ власти, какъ общее правило, учиняется лицомъ недолжностнымъ, а превышеніе власти можетъ быть учинено только должностнымъ лицомъ ¹⁾.

Комиссія первоначально предполагала, что введеніе въ уголовное уложеніе опредѣленія понятія служащаго было бы едва ли практично въ виду трудности обнять одной и той же формулой всю пеструю массу различныхъ органовъ власти и едва ли вызывается потребностями уголовного правосудія, ибо нѣтъ сомнѣнія, что и передъ уголовнымъ судомъ служащимъ въ государственной и общественной службѣ долженъ быть почитаемъ: 1) только тотъ, кто считается не частнымъ лицомъ, а органомъ власти на основаніи общаго устава о службѣ или же спеціальнаго устава, учрежденія и т. п. и 2) всякій законнымъ порядкомъ уполномоченный на совершеніе какого либо дѣйствія въ порядкѣ управленія, хотя бы онъ и не состоялъ на службѣ. Но затѣмъ, подъ вліяніемъ замѣчаній со стороны практиковъ, внесла въ текстъ проекта такое опредѣленіе: «служащимъ почитается какъ органъ, такъ и служитель власти государственной или общественной, занимающій должность или исполняющій временное порученіе по службѣ». Въ основу понятія служащаго Комиссія, по ея словамъ, положила исключительно «юридическое свойство правомочій виновнаго», при этомъ «если дѣятельность лица получила, такъ сказать, инвеституру отъ Верховной Власти или отъ установленныхъ ею органовъ государственнаго или общественнаго управленія и составляетъ участіе въ государствен-

¹⁾ Примѣры, приведенные на стр. 75 (Объясн. Зап., т. VIII) исправника, выдающаго себя за ревизующаго сенатора, или лица гражданскаго вѣдомства, присвоившаго себѣ званіе военнаго министра, не могутъ быть разсматриваемы ни какъ присвоеніе власти, ни какъ захватъ ея; это прежде всего присвоеніе непринадлежащаго званія, видъ обмана (ст. 290, 1668, 1669).

номъ управленіи въ обширномъ смыслѣ этого слова, то и само отбывающее ее лицо должно быть признаваемо органомъ власти, безразлично, принята ли она имъ на себя добровольно или въ смыслѣ служебной повинности» ¹⁾.

Напротивъ, не будетъ не только органомъ власти, но и служителемъ: 1) лица, производящія или совершающія что либо хотя бы и для государства или общества, но когда на нихъ возлагается не дѣятельность въ порядкѣ управленія, а осуществленіе частныхъ порученій собственниковъ или предпринимателей или контрагентовъ, ибо здѣсь нѣтъ полномочій, даваемыхъ въ порядкѣ управленія, а имѣютъ мѣсто отношенія, покоящіяся на договорѣ и вытекающія изъ соглашенія; 2) лица, принимающія участіе въ общественной дѣятельности разнаго рода, не входящей въ понятіе государственнаго управленія, какъ напр. священно-служители, врачи и т. п. и наконецъ, 3) чины арміи и флота, если на нихъ не возлагается обязанностей по управленію, напр. полицейскихъ. Но въ этомъ пунктѣ предположеніямъ Комиссіи пришлось испытать рядъ измѣненій. Такъ прежде всего опредѣленіе субъекта должностнаго преступленія, сдѣланное Комиссіей, встрѣтило возраженіе со стороны представителей вѣдомствъ. Министръ внутреннихъ дѣлъ находилъ, что опредѣленіе этого понятія въ ст. 538 не только не соответствуетъ постановленіямъ III т. Св. зак., но является и по существу неправильнымъ. Оно прежде всего не объемлетъ всѣхъ возможныхъ виновниковъ служебныхъ преступныхъ дѣяній (напр. лица состоящія при министерствѣ или причисленныя къ присутственнымъ мѣстамъ безъ опредѣленнаго назначенія); съ другой стороны подъ приведенное опредѣленіе подходятъ всѣ лица, исполняющія низшія канцелярскія или служительскія обязанности, безотносительно къ тому, учреждены ли ихъ должности

¹⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 18, 21.

(штатами) или же пользование услугами таких лиц предоставлено усмотрѣнію власти (какъ напр. относительно писмоводителей станových приставовъ и судебных слѣдователей и т. п.). Между тѣмъ такое распространительное толкованіе понятія служащаго противорѣчить выраженному въ Объясн. Зап. взгляду составителей проекта, согласно которому служащими могутъ считаться только тѣ служители власти, кои установлены закономъ. Приравненіе служителей въ порядкѣ отвѣтственности къ должностнымъ лицамъ представлялось министру внутреннихъ дѣлъ неудобнымъ и по тому, что достоинство современнаго государства допускаетъ делегацию власти только такимъ лицамъ, образовательный, умственный, нравственный и служебный уровень которыхъ гарантируетъ въ извѣстной мѣрѣ правильное употребленіе предоставленнаго имъ властвованія и даетъ государственной власти право рассчитывать, что уполномочиваемое лицо сумѣетъ подчинить свои дѣйствія долгу службы, при чемъ только нарушеніе сего долга оправдываетъ примѣненіе къ служащему особенной отвѣтственности. Но этихъ свойствъ нельзя предполагать у всѣхъ безъ изъятія служителей власти, а потому къ нимъ нельзя и предъявлять означенныхъ требованій. Признавая со своей стороны поставленную Редакціонной Комиссіей задачу — указать въ самомъ уголовномъ уложеніи возможныхъ виновниковъ служебныхъ преступныхъ дѣяній — неподдающейся теоретическому разрѣшенію д. т. с. Горемыкинъ считалъ болѣе правильнымъ предоставить выполненіе этой задачи судебной практикѣ, нестѣсняя ее никакими искусственными преградами¹⁾. Предсѣдатель редакціонной комиссіи Фришъ и министр юстиціи Муравьевъ, пересмотрѣвъ возбужденный въ отзовахъ въ-

¹⁾ Представленіе въ Госуд. Совѣтъ Министра Юст. и предсѣдателя Высочайше учрежд. ред. Комиссіи, т. X, стр. 246—247.

домствѣ вопросъ, согласились съ приведенными доводами въ пользу исключенія изъ проекта опредѣленія термина «служащій» и со своей стороны полагали, что по самому существу вопроса разрѣшеніе его составляетъ задачу не уголовного закона, а устава о службѣ¹⁾.

Особое совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ признало возможнымъ оставить проектированный Комиссіей терминъ «служащій» для опредѣленія субъекта преступнаго по службѣ дѣянія, съ поясненіемъ въ первой же статьѣ разсматриваемой главы, что «служащимъ почитается лицо, исполняющее обязанность или временное порученіе по службѣ государственной или общественной»²⁾.

Особое Присутствіе, куда проектъ попалъ изъ Особаго Совѣщанія, полагало оставить въ проектѣ терминъ «служащій» въ томъ самомъ значеніи, какое ему усвоено было Совѣщаніемъ (ст.ст. 138, 141, 144—146, 148, и гл. XXXVII проекта). Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ отношеніи прочихъ выраженій, принятыхъ Совѣщаніемъ для обозначенія отдѣльныхъ категорій служащихъ, Особое Присутствіе, въ видахъ упрощенія, единства и точности терминологіи, находило наиболѣе удобнымъ придерживаться двухъ терминовъ: «должностное лицо» взаменъ термина Редакціонной Комиссіи «органъ власти» и «полицейскій или иной стражъ или служитель» взаменъ термина той же Комиссіи — «служитель власти». Первый изъ сихъ терминовъ: «должностное лицо» — долженъ обнимать всѣхъ тѣхъ служащихъ, [которые входятъ въ составъ правительственныхъ или общественныхъ установленій въ качествѣ представителей власти въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ дѣйствующее уложеніе о нак. въ ст.ст. 285,

¹⁾ Тамъ же, стр. 247.

²⁾ Журналъ Высоч. учрежд. Особ. Совѣщанія при Госуд. Совѣтѣ, стр. 525.

286, именуя ихъ чиновниками (Проектъ ст.ст. 142, 451, п. 4; 466, п. 4; 491, п. 2; и 525, п. 5). Второй же терминъ—«полицейскій или иной стражъ или служитель»—долженъ обнимать служащихъ низшаго порядка въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ уст. о нак. въ ст. 31, именуя ихъ полицейскими или другими стражами, служителями судебныхъ и правительственныхъ мѣстъ, полевыми и лѣсными сторожами, должностными лицами волостного или станичнаго и сельскаго или хуторскаго управления (за исключеніемъ однако волостныхъ старшинъ и лицъ занимающихъ соотвѣтствующія должности), желѣзно-дорожными сторожами или другими агентами желѣзно-дорожнаго управления (Проектъ, ст. 469 и 527). Такимъ образомъ во всѣхъ частяхъ проекта терминъ «служащій» долженъ означать родовое понятіе, обнимающее видовыя его понятія: должностного лица, полицейскаго или иного стража или служителя¹⁾.

Наконецъ, общее собраніе Государственнаго Совѣта, при окончательномъ разсмотрѣніи проекта, сочло необходимымъ въ самомъ текстѣ закона указать на приравненіе къ полицейскимъ служителямъ лицъ сельскаго или мѣщанскаго управления²⁾.

Такова длинная исторія ст. 636, ч. 4, дающей опредѣленіе понятія возможнаго субъекта должностнаго преступленія. Частныя лица могутъ явиться соучастниками должностныхъ лицъ лишь въ общихъ, а отнюдь не въ специальныхъ преступныхъ дѣяніяхъ³⁾. Участвующія въ нихъ частныя лица остаются безнаказанными, если только въ законѣ такое соучастіе не признано особымъ самостоятельнымъ дѣяніемъ (*del. sui generis*, какъ напр. лихоходательство по отношенію ко взяточничеству).

¹⁾ Журналъ Особаго присутствія Высоч. учрежд. для обсужд. проекта уголов. улож., стр. 317.

²⁾ Журналъ общаго собранія Госуд. Совѣта, стр. 74.

³⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 36.

При распредѣленіи отдѣльныхъ постановленій въ главѣ о должностныхъ преступленіяхъ, Комиссія, какъ сказано въ Объясн. Зап., полагала принять въ руководство общее начало проекта, т. е. распредѣленіе преступныхъ дѣйствій по объектамъ или предметамъ посягательства. Въ этомъ отношеніи, преступная дѣятельность въ порядкѣ управленія, досягая на охраняемый закономъ интересъ законѣрности служебной дѣятельности, въ непосредственномъ своемъ проявленіи можетъ причинять вредъ и опасность порядку управленія, въ его сферахъ законодательной, административной или судебной, частнымъ лицамъ и ихъ интересамъ или, наконецъ, самому порядку службы, служебной дисциплинѣ¹⁾.

Соотвѣтственно этому получила схему распредѣленія законодательнаго матеріала:

I. Общія преступныя дѣянія служащихъ, учиненныя посредствомъ злоупотребленія службою (ст. 538).

II. Противодѣйствіе власти законодательной (ст.ст. 539—541).

III. Противодѣйствіе государству по охранѣ общественной безопасности: 1) злоупотребленіемъ правомъ призыва военной силы (ст. 542) и 2) попустительствомъ преступныхъ дѣяній (ст. 543—547).

IV. Противодѣйствіе правосудію (ст. 548—555).

V. Посягательства на права и интересы:

1) оглашеніемъ или нарушеніемъ тайнъ вообще и неприкосновенности почтовой и телеграфной корреспонденціи въ особенности (ст. 556—559);

2) притѣсненіемъ лицъ, долженствующихъ пользоваться услугами служащаго (ст. 560—563);

3) взяточничествомъ и лихоимствомъ (ст. 564—578);

4) злоупотребленіемъ по производству публичныхъ торговъ (ст. 576);

¹⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 141—143.

5) участіемъ въ казенныхъ подрядахъ и поставкахъ (ст. 577).

VI. Противодѣйствіе условіямъ службы (ст. 578-589)¹⁾.

Указанная система при продолжительномъ разсмотрѣніи проекта въ различныхъ инстанціяхъ подверглась существеннымъ измѣненіямъ: нѣкоторыя дѣянія отнесены къ другимъ отдѣламъ улож., напр. ст.ст. 572, 573, 574 и 588 отнесены къ присвоенію и подлогу; напротивъ другія статьи перенесены въ гл. XXXVII изъ другихъ мѣстъ уложенія, напр. ст. 663 изъ главы о поврежденіи имущества²⁾. Другія перенесены въ уставъ о служебныхъ провинностяхъ, какъ напр. ст. 581, 582 и 589 проекта, нѣкоторыя изъ служебныхъ провинностей переведены въ разрядъ должностныхъ преступленій³⁾, и, наконецъ, нѣкоторыя исключены изъ круга дѣяній наказуемыхъ, какъ напр. ст. 583. Кромѣ того, во многихъ случаяхъ измѣнена редакция статей, намѣченная проектомъ, сдѣланы обобщенія⁴⁾, вслѣдствіе чего, дѣйствительно, окончательный видъ гл. XXXVII значительно и существенно отличается отъ первоначальнаго, намѣченнаго Редакціонной Комиссіей. Но несмотря на эти многочисленныя внѣшнія измѣненія существо основныхъ возрѣній отталось прежнимъ: должностныя преступленія и по уложенію 1903 г.—это относимыя къ посягательствамъ противъ порядка управленія наиболѣе тяжкіе виды нарушенія служебнаго долга лицами, облеченными спеціальными служебными полномочіями, въ предѣлахъ этихъ послѣднихъ.

¹⁾ См. Объясн. Зап., т. VIII, стр. 144.

²⁾ Ст. 667, 668 перенесены изъ гл. о подлогѣ (ст. 379, 376); ст. 679—изъ гл. о противодѣйствіи правосудію (ст. 124, ч. 3); ст. 685—изъ гл. XVI, ст. 276—наруш. постановленій о надзорѣ за торговлей и промыслами; ст. 686—изъ гл. X, ст. 167—огражденіе народнаго здравія.

³⁾ Напр. ст. 38 проекта устава о дисциплин. провин. замѣнена ст. 666 улож. улож.; ст. 32—ст. 669; ст. 30—ст. 671; ст. 29—ст. 672; ст. 21—ст. 673; ст. 35—ст. 683.

⁴⁾ Напр. ст. 636 замѣнили ст.ст. 542, 547, 550, 560, 561, 580; ст. 643 замѣнила ст. 543—546 и т. д.

ГЛАВА III.

Понятіе должностного преступленія.

I.

Въ двухъ первыхъ главахъ мы познакомились съ теоретической разработкой вопроса о должностныхъ преступленіяхъ, съ доктриной ихъ и съ положеніемъ должностныхъ преступленій въ памятникахъ русскаго законодательства.

Теперь намъ слѣдуетъ подвести нѣкоторые итоги и остановиться на вопросѣ о томъ, что же представляетъ изъ себя должностное преступленіе, какова его юридическая природа?

Съ перваго взгляда можетъ казаться, что дать опредѣленіе должностному преступленію не представляетъ особой трудности. Должностное преступленіе—это преступленіе, учиненное должностнымъ лицомъ¹⁾. Такое опредѣленіе, дѣйствительно, въ теченіе довольно продолжительнаго времени было ходячимъ. Если развернуть учебники и руководства по уголовному праву, особенно первой половины прошлаго столѣтія, то можно убѣдиться, что господствующей системой при распредѣленіи матеріала особенной части уголовного права являлось дѣленіе преступныхъ дѣяній на общія и особенныя. О «*delicta communia*», учиненіе которыхъ доступно каждому, и

¹⁾ Н. Seuffert (Wörterbuch d. deutschen Verwaltungsrechts v. K. Freiherrn v. Stenglein) опредѣляетъ долж. преступленія, какъ „solche Handlungen, welche nur mit Rücksicht auf die Beamtenqualität des Handelnden strafbar oder mit Rücksicht auf diese Qualität höher strafbar sind“. B. I, S. 47.

«delicta propria», доступных только должностным лицам, въ силу лежащих на них особых обязанностей, кромѣ Мейстера ¹⁾), говорятъ также Кохъ ²⁾), Клейнъ ³⁾), Грольманъ ⁴⁾), Зальховъ ⁵⁾), Россгиртъ ⁶⁾), Фейербахъ ⁷⁾, Генке ⁸⁾ и другіе.

Такое опредѣленіе должностныхъ преступленій по чисто внѣшнему признаку могло существовать до тѣхъ поръ, пока не подверглась болѣе тщательному изученію и анализу юридическая природа должностныхъ преступленій. Въ самомъ дѣлѣ, нетрудно усмотрѣть всю неточность такого опредѣленія; нельзя сказать, что всякое правонарушеніе, учиненное должностнымъ лицомъ, будетъ непременно должностнымъ преступленіемъ: оно можетъ быть только служебной или дисциплинарной провинностью, выходящей, слѣдовательно, за предѣлы уголовно-правовой сферы; съ другой стороны должностное лицо можетъ учинить преступное дѣяніе, не имѣющее никакого отношенія къ отправляемой имъ службѣ: чиновникъ можетъ лишить жизни своего врага, вступить въ кровосмѣсительную связь со своей родственницей, похитить или присвоить чужое имущество, поджечь съ цѣлью полученія страховой суммы свое имущество и т. д. Всѣ эти преступныя дѣянія, не имѣющія никакого отношенія къ служебному положенію виновнаго, очевидно, не могутъ быть признаны должностными преступленіями только

¹⁾ „Principia juris criminalis Germaniae communis“, 1828 г.

²⁾ „Institutiones juris criminalis“. lib. II, c. LIV.

³⁾ Klein. Grundsätze d. peinl. Rechts, 1796 г. § 527.

⁴⁾ Grollmann. Grundsätze d. Criminalrechtswissenschaft, 4 Aufl. 1826 г. § 359.

⁵⁾ Salchow. Lehrbuch d. gem. in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3 Aufl. 1823 г. § 526.

⁶⁾ Rosshirt. Geschichte u. System, III, стр. 188 и слѣд.

⁷⁾ Feuerbach. Lehrbuch d. peinl. Rechts, 14 изд. 1847 г., стр. 748

⁸⁾ Henke. Handbuch d. Criminalrechts u. d. Criminalpolitik.

по тому, что виновникомъ ихъ является лицо, состоящее на службѣ государственной или общественной ¹⁾).

Неудовлетворительность разсмотрѣннаго опредѣленія, покоящагося на признакѣ субъективномъ, заставляетъ искать другое, болѣе точное и правильное. Но для этого необходимо раньше отдѣлить понятіе должностного преступленія отъ понятій смежныхъ и прежде всего установить грань между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями, если только между этими двумя близко соприкасающимися понятіями существуетъ какое-либо принципиальное различіе.

II.

Изложеніе доктрины должностныхъ преступленій показало намъ, что въ данномъ вопросѣ нѣтъ рѣзкихъ расхожденій и противопоставленій взглядовъ, что каждый новый авторъ не столько опровергаетъ и оспариваетъ правильность выводовъ предшествующаго, сколько, опираясь на эти послѣдніе, дѣлаетъ дальнѣйшій шагъ по пути анализа юридической природы должностныхъ преступленій; каждый изслѣдователь вопроса какъ бы снимаетъ покровъ, скрывающій юридическую сущность должностныхъ преступленій, покровъ, оставленный нетронутымъ

¹⁾ Срав. Есиповъ. Превышеніе и бездѣйствіе власти по русскому праву, 1892 г. стр. 49. Авторъ сначала замѣчаетъ, что „юридическое значеніе объекта преступленія при превышеніи и бездѣйствіи власти весьма неопредѣленно, такъ какъ главное вниманіе обращается на понятіе субъекта преступленія“, но въ дальнѣйшемъ признаетъ, „что фактическое значеніе объекта преступленія при превышеніи и бездѣйствіи власти настолько обширно и разнообразно, что обнимаетъ собою почти всѣ возможныя блага; это и приводитъ иногда къ заключенію о неправильности выдѣленія должностныхъ преступленій въ самостоятельную группу, вмѣсто разсмотрѣнія ихъ, какъ отдѣльныхъ квалифицированныхъ видовъ общихъ преступленій, посягающихъ на тотъ или другой строго опредѣленный объектъ“ (ук. соч. стр. 52).

тымъ его предшественникомъ. Такимъ образомъ, въ каждой работѣ, посвященной должностнымъ преступленіямъ, имѣется извѣстное зерно истины и съ каждой новой работой эта истина раскрывается все яснѣе и отчетливѣе. Не повторяя уже сказаннаго, мы намѣтимъ только основныя положенія, установленныя доктриной должностныхъ преступленій съ того момента, когда они выдѣлились въ особую группу. Мы думаемъ, что эти основныя положенія сводятся къ слѣдующему:

1) Должностныя преступленія—это дѣянія, сущность которыхъ заключается въ нарушеніи особаго служебнаго долга, лежащаго на должностныхъ лицахъ.

2) Наиболѣе тяжкіе случаи нарушенія служебнаго долга должны быть отнесены къ должностнымъ преступленіямъ, наиболѣе легкіе—къ дисциплинарнымъ провинностямъ.

3) Анализъ наиболѣе тяжкихъ случаевъ нарушенія служебнаго долга обнаружилъ, что тутъ имѣется, по выраженію ф. Резона, нѣкоторый «plus», заключающійся въ нарушеніи иныхъ интересовъ.

4) По мнѣнію Гельшнера сущность этого «plus'a» заключается въ нарушеніи принципа законнаго осуществленія власти, въ злоупотребленіи власти.

5) Оппенгеймъ и Наглеръ полагаютъ, что объектомъ должностнаго преступленія являются блага, доступныя для воздѣйствія только должностнаго лица, въ силу занимаемаго имъ положенія.

6) По мнѣнію Виндинга, такимъ объектомъ является вообще всякій интересъ, всякое благо, на которое должностное лицо можетъ воздѣйствовать въ предѣлахъ своей компетенціи.

Такимъ образомъ, мысль о тождествѣ должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей и о существованіи между ними различія лишь количественнаго,

хотя и не можетъ почитаться совершенно оставленной, но во всякомъ случаѣ не является и господствующей. Понятіе должностнаго преступленія, по своему содержанію, представляется болѣе сложнымъ, чѣмъ понятіе дисциплинарной провинности. Чтобы лучше его опредѣлить, необходимо предварительно выяснить понятіе дисциплинарной провинности.

Несомнѣнно, что конститутивные элементы преступнаго дѣянія вообще присущи и дисциплинарной провинности ¹⁾. Относительно содержанія послѣдней болшихъ сомнѣній не возникаетъ. «Всякая дисциплинарная провинность, говоритъ Оппенгеймъ, есть нарушеніе долга, независимо отъ того, будетъ ли это нарушеніе долга, налагаемаго какой либо должностью (Amt), или какихъ либо другихъ обязанностей, обусловливаемыхъ иными отношеніями, какъ напр. отношеніями члена семьи къ ея главѣ, служащаго къ хозяину, ученика къ учителю, члена корпораціи къ корпораціи, матроса къ капитану, подмастерья къ мастеру. Дисциплинарныя провинности всѣхъ указанныхъ лицъ съ внѣшней формальной стороны представляютъ нарушеніе долга». Сущность этого долга заключается въ достойномъ поведеніи какъ при отправленіи обязанностей, такъ и внѣ службы, въ исполненіи всего, что предписываетъ служебное достоинство, и въ воздержаніи отъ всего, что съ нимъ несоединимо» ²⁾.

¹⁾ Nezárd, (Les principes généraux du droit disciplinaire, стр. 115) признаетъ такими конститутивными элементами: 1) L'élément légal ou l'incrimination par la loi disciplinaire du fait accompli; 2) l'élément matériel ou la perpétration du fait qui passe du domaine moral de l'intention dans le domaine légal de l'exécution; 3) l'élément injuste, que l'on pourrait d'ailleurs confondre avec l'élément légal, qui fait que l'acte ne se justifie pas par l'exercice d'un droit légitime; 4) l'élément moral qui consiste dans le caractère volontaire, éclairé et libre du fait accompli.

²⁾ См. Oppenheim, ук. соч. 16. Nezárd—(ук. соч. стр. 149): „la faute disciplinaire est la violation de devoirs professionnels“. „Beziehung zu den Berufspflichten desselben (т. е. должностнаго лица) den Hauptthatbestand (дисц.

Этотъ взглядъ представляется господствующимъ; онъ раздѣляется и въ нашей литературѣ. «Подъ понятие дисциплинарнаго проступка, замѣчаетъ Куплевасскій,—подходятъ всѣ проступки должностнаго лица, все равно, совершены ли они въ должности или внѣ должности, которые составляютъ нарушеніе его служебныхъ обязанностей или же колеблютъ уваженіе къ этой должности въ обществѣ...» «Какое поведеніе несовмѣстимо съ достоинствомъ должности на разныхъ ступеняхъ государственной службы и въ различныхъ родахъ ея—рѣшается различно: что безразлично для разносчика или полицейскаго служителя, то можетъ быть унижительно для педагога, судьи и священника» ¹⁾).

права) ausmacht“ — замѣчаетъ Meves (v. Holtzendorff's Handbuch, III, 2, стр. 989). P. Labes. Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, S. 41.

¹⁾ См. Государственная служба, стр. 56, 62. По словамъ Комитета С.-Петербургскаго Юридическаго Общества, „дисциплинарная отвѣтственность есть... послѣдствіе нарушенія особыхъ служебныхъ обязанностей. При этомъ къ служебнымъ обязанностямъ относится не только законосообразное исполненіе службы, но также и соблюденіе достоинства власти во внѣслужебной дѣятельности служащаго. Поэтому дисциплинарная отвѣтственность не ограничивается одними только собственно незаконными дѣяніями служащихъ, а распространяется и вообще на неприличные званію служащаго поступки. Такой взглядъ на основанія и предѣлы дисциплинарной отвѣтственности раздѣляется всѣми современными публицистами, западными и русскими (Градовскій, Куплевасскій) Объясн. Зап. VIII, стр. 51, прим. Набоковъ. Сборникъ статей по уголовному праву, стр. 164. Лозина-Лозинскій. Служебныя провинности и дисциплинарныя взысканія, Право, 1900 г. стр. 858. Выработанный Редакціонной Комиссіей Уставъ о служебныхъ провинностяхъ не имѣетъ общаго опредѣленія служебной провинности, а содержитъ лишь указаніе, что „служебными провинностями признаются дѣянія, предусмотрѣнныя главой 3-й сего Устава“; въ этой послѣдней главѣ содержится подробный перечень отдѣльных видовъ служебныхъ провинностей. Не изъ Объясн. Записки къ Проекту Устава о служебныхъ провинностяхъ видно, что, по мнѣнію Комиссіи, уголовно-наказуемыя и дисциплинарныя нарушенія служебныхъ обязанностей представляются съ субъективной и объективной стороны однородными, что между ними нѣтъ принципиальнаго различія и что разграниченіе между ними можетъ быть сдѣлано лишь путемъ положительнаго законодательства на основаніи подробнаго разбора и

Такимъ образомъ, понятіе служебной провинности исчерпывается нарушеніемъ служебнаго долга.

Понятіе долга службы слагается изъ совокупности различныхъ обязанностей, возлагаемыхъ службою. Онѣ имѣютъ отчасти характеръ чисто профессиональный, отчасти касаются поведенія въ частной жизни, поведенія, соотвѣтствующаго достоинству службы. Профессиональныя обязанности, пренебреженіе которыми составляетъ дисциплинарную провинность, отчасти имѣютъ общій характеръ и распространяются на всѣхъ служащихъ, какъ напр. обязанность отправленія своей должности, повиновенія, іерархическаго почтенія, честности; другія обязанности имѣютъ характеръ спеціальныя, относящійся лишь къ отдѣльнымъ категоріямъ, какъ напр. обязанность имѣть опредѣленное мѣстожителство, обязанность несовмѣщать своей службы съ какими либо другими занятіями и т. п. ¹⁾. Поэтому всякое дѣйствіе, заключающееся въ неисполненіи обязанностей службы или нарушеніи ихъ, должно быть признано несогласнымъ съ долгомъ службы, ибо долгъ службы прежде всего требуетъ точнаго соблюденія служебныхъ обязанностей ²⁾. Въ виду этого слѣдуетъ

оцѣнки отдѣльныхъ группъ нарушеній служебныхъ обязанностей. „Какъ общее правило, говоритъ Комиссія, всѣ дѣянія служащаго, заключающія въ себѣ нарушеніе интересовъ службы, должны почитаться служебными провинностями, которыя лишь при извѣстныхъ, опредѣляемыхъ уголовнымъ закономъ условіяхъ, обращаются въ преступныя дѣянія (Уставъ о служебныхъ провинностяхъ. Проектъ и объясненія Редакціонной Комиссіи, 1898 г. стр. 3 и 4).

¹⁾ Nezard, ук. соч., стр. 152 и слѣд. Общія обязанности служащихъ указаны и перечислены въ Св. зак. т. III, ст. 705 и слѣд. Уст. о службѣ по опред. отъ правительства.

²⁾ Ст. 707 Уст. о службѣ гласитъ: Всѣ служащіе возложенныя на нихъ должности обязаны исправлять согласно своей присягѣ съ усердіемъ, нѣлицемѣрно и добросовѣстно по существующимъ учрежденіямъ и уставамъ и по приказаніямъ и наставленіямъ начальства, не позволяя себѣ ни изъ вражды, ни изъ свойства или дружбы, а тѣмъ болѣе изъ корысти или вѣстока, ничего противнаго долгу присяги, честности и возложеннаго на нихъ

признать, что въ каждомъ должностномъ преступленіи заключается элементъ дисциплинарной провинности; каждое должностное преступленіе есть въ тоже время и дисциплинарная провинность, но не наоборотъ.

Такимъ образомъ, объединяющимъ элементомъ какъ въ дисциплинарной провинности, такъ и въ должностномъ преступленіи является наличность въ той и другомъ нарушенія лежащихъ на должностномъ лицѣ особыхъ обязанностей, возлагаемыхъ службою.

Но это присутствіе единого элемента не даетъ еще основанія для полнаго отождествленія обоихъ понятій, ибо составъ должностного преступленія, какъ выше было указано, представляется нѣсколько болѣе сложнымъ.

Отождествленіе должностного преступленія и дисциплинарной провинности совершенно несоединимо съ примѣняемымъ на практикѣ двойнымъ преслѣдованіемъ одного и того же дѣянія въ порядкѣ уголовномъ и дисциплинарномъ; оправданный уголовнымъ судомъ можетъ быть подвергнутъ дисциплинарному взысканію и наоборотъ ¹⁾. Такой двойной порядокъ преслѣдованія мыслимъ только тогда, когда дѣло идетъ о двухъ деликтахъ, а это, въ свою очередь, предполагаетъ наличность и двухъ различныхъ объектовъ посягательства ²⁾.

Если бы должностное преступленіе представляло изъ себя болѣе тяжкій видъ дисциплинарной провинности, то

служенія. Посему лѣность, нерадѣніе и неприлежность къ порученному дѣлу да почтутся наивышимъ для нихъ стыдомъ, упущеніе же должности и нерадѣніе по части блага общаго, имъ ввѣреннаго, главнѣйшимъ поношеніемъ.

¹⁾ Коркуновъ. Русское государ. право, т. II, изд. 6-е, стр. 706. „Наложение на должностное лицо дисциплинарнаго взысканія за такой проступокъ, за который опредѣлены взысканія, налагаемые только по суду, не можетъ служить законнымъ основаніемъ къ освобожденію его отъ судебной отвѣтственности“. Опред. С. Пр. I-го и Кас. деп. Сената 8 февралв 1873 г. № 1327. Сборникъ Тимофеевскаго и Кузнецова, стр. 366—369.

²⁾ Hälschner. Handbuch, II/2, 1018—1019. Binding. Das Amtsverbrechen u. seine legislative Behandlung, Gerichtssaal LXIV, 1904 г.

въ такомъ случаѣ при наличности смягчающихъ обстоятельствъ данное дѣяніе, квалифицируемое какъ должностное преступленіе, переходило бы въ разрядъ дисциплинарныхъ провинностей и влекло за собою лишь дисциплинарныя взысканія. Но такая возможность отвергается въ рядѣ рѣшеній и нашимъ Сенатомъ, чѣмъ подчеркивается существованіе принципиальнаго различія между обоими видами проступковъ ¹⁾.

Если бы при должностныхъ преступленіяхъ дѣло шло только единственно о нарушеніи служебнаго долга, то едва ли можно было бы говорить тогда о разнообразныхъ должностныхъ преступленіяхъ: всѣ они были бы тогда не болѣе, какъ отдѣльными проявленіями одного и того же деликта, отличающимися между собою лишь количественно, а отнюдь не качественно ²⁾, такое различіе дѣйствительно только и существуетъ между отдѣльными формами дисциплинарныхъ провинностей ³⁾.

Въ пользу необходимости разграниченія должностныхъ преступленій и дисциплинарныхъ провинностей говорить и то соображеніе историческаго характера, что главнѣйшіе виды посягательства на правовыя блага государства, общества и частныхъ лицъ, подводимые современной доктриной и положительнымъ законодательствомъ подъ

¹⁾ Опред. Соед. Прис. 30 сентября 1875 г., № 6898, № 6906, 17 ноября 1889 г., № 8985 и др. Сборникъ Тимофеевскаго и Кузнецова, стр. 372—384.

²⁾ См. Hälschner, ук. соч., стр. 1022—1023. Binding, ук. соч., стр. 4—7.

³⁾ Срав. также взгляды Коркунова, по мнѣнію котораго „въ отличіе отъ уголовной отвѣтственности дисциплинарная отвѣтственность не предполагаетъ точно фиксированнаго состава дѣянія“ (Сборникъ статей, XXXV гл. проекта угол. улож. стр. 385). По мнѣнію Кузнецова, „поводы для дисциплинарной отвѣтственности не могутъ быть съ такой точностью предусмотрѣны въ дисциплинарномъ законѣ, какъ въ законѣ уголовномъ, а потому и правило nullum crimen sine lege непримѣнимо. Само по себѣ невинное дѣяніе можетъ быть, какъ несогласное съ должностью, поводомъ для дисциплинарной отвѣтственности“. (Проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ, Ж. М. Ю. дек. 1898 г. стр. 7—8).

категорию должностных преступлений, появились гораздо раньше, чѣмъ сложилось современное публично-правовое понятие о служебномъ долгѣ, какъ совокупности обязанностей, лежащихъ на должностномъ лицѣ ¹⁾).

Правда, эти вновь создаваемые виды преступныхъ дѣяній еще не рассматривались, какъ должностныя преступления въ современномъ смыслѣ, но самое возникновение ихъ и обложеніе уголовной карой свидѣтельствовало о наличии въ нихъ посягательства на какое-либо правовое благо.

Такимъ образомъ, между должностнымъ преступленіемъ и дисциплинарной провинностью имѣется различіе и весьма существенное: въ то время какъ послѣдняя не выходитъ за предѣлы нарушенія служебнаго долга, должностное преступленіе всегда предполагаетъ, кромѣ того, посягательство на какое-либо правовое благо ²⁾. Отъ взаимоотношенія между нарушеніемъ служебнаго долга, съ одной стороны, и нарушеніемъ правового блага, съ другой, зависитъ, на нашъ взглядъ, отнесеніе дѣянія къ области служебныхъ провинностей или къ области уголовно-наказуемыхъ дѣяній. Если нарушеніе служебнаго долга является преобладающимъ, такъ что за нимъ совершенно не видно или не можетъ быть съ точностью установлено нарушеніе какого-либо иного правового блага,

¹⁾ До выработки понятія дисциплинарной провинности криминалисты, какъ мы видѣли, говорили о „delicta innotinata“. Понятіе дисциплинарнаго проступка появляется въ началѣ XIX в.; оно перешло, по мнѣнію Labes'a, въ среду государственнаго права изъ области церковнаго права. См. Labes, Die Disciplinargewalt des Staats über seine Beamten. München, 1889 г.

²⁾ По терминологіи Oppenheim'a — „das sekundäres Schutz-Objekt“. Разсмотрѣніе состава многихъ преступныхъ дѣяній показываетъ, что кромѣ тѣхъ объектовъ (primäre Schutz-Objekten), въ интересахъ которыхъ данныя дѣянія криминализуются, имѣются еще другіе объекты (sekundäre), оказывающіе вліяніе отчасти на наказуемость вообще, отчасти на возвышеніе отвѣтственности. См. Oppenheim, Die Objekte d. Verbrechens, стр. 233 и слѣд.

то въ такомъ случаѣ имѣетъ мѣсто дисциплинарная провинность; таковы, напр., случай такъ называемаго нерадѣнія по службѣ, формальныя упущенія и т. п. Нельзя сказать, чтобы отъ такихъ случаевъ не страдали чьи-либо интересы, государственные или общественные или же частные, но установить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ причинную связь между этими вредными для государственныхъ, общественныхъ и частныхъ интересовъ послѣдствіями и формальнымъ нарушеніемъ долга службы представляется такъ затруднительно, опасность, создаваемая для указанныхъ интересовъ, такъ отдаленна и неопредѣленна, что законодатель предпочитаетъ въ такихъ случаяхъ ограничивать свое воздѣйствіе лишь наложеніемъ дисциплинарныхъ взысканій. Напротивъ, если за этимъ нарушеніемъ служебнаго долга съ большей или меньшей очевидностью усматривается нарушеніе интересовъ, публичныхъ или частныхъ, въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто должностное преступленіе. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія должностное преступленіе всегда представляетъ идеальную совокупность, т. е. случай одновременнаго нарушенія единымъ дѣйствіемъ нѣсколькихъ нормъ правопорядка ¹⁾. Въ правильности этого взгляда нетрудно убѣдиться, если просмотрѣть раздѣлъ V нашего уложенія о наказаніяхъ: О преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ государственной и общественной, въ который вошли не только должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ, но и дѣянія, имѣющія по существу своему характеръ дисциплинарныхъ провинностей. Такъ, напр., только формальное нарушеніе служебнаго долга и возлагаемыхъ службой обязанностей можно усмотрѣть въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 836 — о несвоевременномъ доставленіи справокъ или свѣдѣній, отвѣтовъ или объ-

¹⁾ Срав. Oppenheim, Rechtsbeugung, стр. 22—23.

ясненій, ст. 410—о медленности и нерадѣніи въ отправленіи должности, ст. 416 и друг.; въ другихъ случаяхъ это нарушение служебнаго долга является настолько преобладающимъ, что имъ закрывается или поглощается опасность, угрожающая другимъ интересамъ или благамъ, какъ, напр., ст. 383—вступленіе въ отправленіе должности безъ принесенія установленнымъ порядкомъ присяги на вѣрность службы, ст. 394—грубое или неприличное обхожденіе съ начальникомъ, ст. 398—принужденіе начальникомъ подчиненнаго заниматься дѣлами, не принадлежащими къ его обязанностямъ по службѣ; ст.ст. 401, 402—о наложеніи взысканія свыше мѣры или съ превышеніемъ предѣловъ компетенціи, ст. 420—о разглашеніи дѣлъ или сообщеніи бумагъ. Напротивъ, непосредственные, формальные интересы службы уступаютъ мѣсто другимъ интересамъ, государственнымъ и частнымъ, которые выдвигаются законодателемъ на первый планъ и благодаря чему самое дѣяніе пріобрѣтаетъ характеръ уголовно-наказуемаго дѣянія, должностного преступленія, въ ст. 345—о причиненіи истязаній и жестокости, ст. 353—объ истребленіи или порчѣ принадлежащаго казнѣ или частнымъ лицамъ имущества, ввѣреннаго управленію или храненію, ст. 358—о преуменьшеніи прихода или преувеличеніи расхода, ст.ст. 366—368—о неправосудіи въ ущербъ интересамъ частныхъ лицъ или судебной власти, ст. 384—о самовольномъ перерывѣ отправленія своей должности, повлекшемъ за собою вредныя послѣдствія для казны, общества или частныхъ лицъ, ст. 400—объ оскорбленіи начальникомъ подчиненнаго и т. д.

Противъ такого пониманія должностныхъ преступленій, какъ заключающихъ въ себѣ на ряду съ нарушеніемъ какого-либо блага или интереса, элементъ нарушения служебнаго долга, можетъ быть выставлено возраженіе,

что нельзя говорить о существованіи особыхъ служебныхъ отношеній и, слѣдовательно, о служебномъ долгѣ по отношенію къ цѣлому ряду лицъ, которыя въ то же время являются возможными виновниками должностныхъ преступленій, какъ напр., присяжные засѣдатели, шеффены и т. п.¹⁾ Но хотя эти лица и не находятся къ государству въ такихъ отношеніяхъ, какъ должностныя лица въ собственномъ смыслѣ, и слѣдовательно, къ нимъ непримѣнимо понятіе служебнаго долга въ полной мѣрѣ, то все-таки принятіе на себя обязанностей присяжнаго засѣдателя, шеффена ставитъ человека въ известную дисциплинарную зависимость отъ государства и допускаетъ возможность дисциплинарной отвѣтственности, напр. за неявку или за несвоевременную явку по приглашенію суда (ст. 414 Улож. о наказ., ст.ст. 649, 651 Уст. Угол. Суд.). Предѣлы этой дисциплинарной зависимости крайне узки и въ учиняемыхъ этими лицами правонарушеніяхъ на первомъ планѣ стоятъ поврежденные или поставленные въ опасность интересы государства, общества и частныхъ лицъ, а не отвлеченная идея служебнаго долга, вслѣдствіе чего эти правонарушения носятъ характеръ не дисциплинарной провинности, а должностного преступленія²⁾. Такимъ образомъ, признакомъ, разграничивающимъ должностное преступленіе отъ дисциплинарной провинности, является большая слож-

¹⁾ Oppenheim, Rechtsbeugung, стр. 4—6.

²⁾ Указанные лица (присяжные, шеффены и т. д.), замѣчаетъ Meves, при приступѣ къ отправленію своихъ обязанностей, наравнѣ съ другими судебными органами, принимаютъ на себя обязательство отправлять свои служебныя функціи добросовѣстно и безпристрастно, вслѣдствіе чего учиняемое ими соответствующее законнымъ признакамъ дѣянія, предусмотрѣннаго §§ 334 и 336 St. G. B., дѣйствіе, по своему характеру и сущности, представляется нарушеніемъ этого обязательства. Обязательство это принято на срокъ отправленія должности; продолжителенъ онъ или кратокъ для существа деликта значенія не имѣетъ. См. Meves, Das Wesen und Eintheilung der Amtsdelikte. Gerichts, XXXIX, 1887 г., стр. 228.

ность объекта посягательства. Что же является объектом посягательства при должностных преступлениях?

III.

Отвѣтъ на этотъ вопросъ въ литературѣ дается различный, въ зависимости отъ чего различно опредѣляется и кругъ должностныхъ преступленій. Нужно сказать, что вопросъ объ объектѣ является спорнымъ лишь въ отношеніи къ такъ называемымъ чистымъ должностнымъ преступленіемъ или должностнымъ преступленіямъ въ собственномъ смыслѣ, которыя долгое время противоплавали такъ называемымъ смѣшаннымъ должностнымъ преступленіямъ. Подъ этими послѣдними обычно подразумѣвались общія преступленія, учиняемыя должностными лицами, при исполненіи или по поводу исполненія своихъ обязанностей. Здѣсь званіе должностного лица, учиняющаго преступное дѣяніе, является лишь обстоятельствомъ, осложняющимъ отвѣтственность; между тѣмъ какъ въ должностныхъ преступленіяхъ въ собственномъ смыслѣ званіе должностного лица является элементомъ, обуславливающимъ самую преступность дѣянія, конститутивнымъ элементомъ дѣянія. Относительно объекта смѣшанныхъ преступленій сомнѣній никакихъ не возникало, такъ какъ объектомъ ихъ являются тѣ же самыя правовыя блага, что и у общихъ преступленій, отъ которыхъ эти смѣшанныя отличаются однимъ квалифицирующимъ обстоятельствомъ—особымъ свойствомъ виновника преступления. Что же касается объекта должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ, то юридическая природа ихъ, какъ было указано выше, обрисовывалась различно.

Писатели, отрицавшіе принципиальное различіе между должностнымъ преступленіемъ и дисциплинарною провинностью, естественно считали служебный долгъ объектомъ

посягательства, какъ при должностномъ преступленіи, такъ и при дисциплинарной провинности.

Помимо тѣхъ соображеній, которыя выдвигались противъ отождествленія понятій должностного преступления и дисциплинарной провинности, самая идея служебнаго долга, какъ возможнаго объекта уголовного правонарушенія, встрѣчаетъ возраженія. Понятіе служебнаго долга отличается крайней неопредѣленностью и разнообразіемъ содержанія, поэтому представляется невозможнымъ установить разъ навсегда содержаніе служебнаго долга для различныхъ носителей власти¹⁾. Вопросъ о томъ, было ли въ данномъ случаѣ нарушеніе долга или нѣтъ, есть «quaestio facti», разрѣшеніе котораго должно быть предоставлено учрежденію, близкому съ данной отраслью служебной дѣятельности, и ему при разрѣшеніи этого вопроса должно быть предоставлено болѣе или менѣе широкое усмотрѣніе²⁾. Вслѣдствіе этого формально единый, но по существу различный и видоизмѣняющійся въ зависимости отъ мѣста, времени и другихъ условій служебный долгъ неспособенъ быть тѣмъ правовымъ благомъ, для охраны котораго отъ нарушенія или поставленія въ опасность, государство можетъ создать уголовно-правовую угрозу. Правовое благо, охраняемое съ помощью

¹⁾ Напримѣръ, служебный долгъ военно-служащаго по своему характеру представляетъ существенное отличіе отъ служебнаго долга судебныхъ органовъ; по скольку для первыхъ важно начало субординаціи, повиновенія начальству, на столько отъ вторыхъ требуется стойкость и независимость.

²⁾ „Совершенно невозможно опредѣлить, замѣчаетъ Hälschner, и юридически установить, чего требуетъ поведеніе, соответствующее достоинству должности, поэтому при наложеніи дисциплинарныхъ взысканій за дисциплинарныя провинности неизбѣжно должно быть предоставлено судейскому усмотрѣнію отвѣтить на вопросъ, слѣдуетъ ли данный образъ дѣйствій должностнаго лица разсматривать, какъ дисциплинарную провинность“. См. Handbuch, II/2, стр. 1023. Также Meves въ Holtzendorff's Handbuch, III/2, стр. 939 и слѣд., и Merkel, Lehrbuch d. deut. Strafrechts, 47. О неопредѣленности содержанія нормъ лежащихъ въ основѣ дисциплинарныхъ провинностей см. ф. Резонъ, ук. соч., стр. 38—39.

угрозъ уголовно-правового характера, должно быть определено въ своемъ содержаніи и ясно распознаваемо. Въ противномъ случаѣ представляется невозможной выработка состава дѣянія съ твердыми и определенными признаками. «Конечно, — заключаетъ Оппенгеймъ свои разсужденія по поводу тѣхъ условій, которымъ должно удовлетворять понятіе объекта преступнаго дѣянія, — законодатель могъ бы пренебречь этими сомнѣніями и могъ бы, какъ это фактически и имѣетъ мѣсто во многихъ кодексахъ, выставить идею служебнаго долга, какъ объектъ преступления. Но гдѣ этого не случилось, тамъ и не слѣдуетъ прибѣгать къ этому понятію при толкованіи закона» ¹⁾.

Невозможность признать объектомъ должностныхъ преступленій формальное понятіе служебнаго долга приводитъ нѣкоторыхъ къ безутѣшному выводу объ отсутствіи вообще какихъ либо специальныхъ объектовъ должностныхъ преступленій и вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдовательно, объ отсутствіи должностныхъ преступленій въ собственномъ смыслѣ слова. Проф. Есиповъ замѣчаетъ, «фактическое значеніе объекта преступления при превышеніи и бездѣйствіи власти настолько обширно и разнообразно, что обнимаетъ собою почти всѣ возможныя блага; это и приводитъ иногда къ заключенію о неправильности выдѣленія должностныхъ преступленій въ самостоятельную группу, вмѣсто разсмотрѣнія ихъ, какъ отдѣльныхъ квалифицированныхъ видовъ общихъ преступленій, посягающихъ на тотъ или другой строго определенный объектъ» ²⁾. Лозина-Лозинскій сознается, что ему «не приходитъ въ голову ни одно должностное преступленіе, которое принципиально по своему объекту отличалось бы отъ общихъ

¹⁾ Oppenheim, Rechtsbeugung, стр. 17.

²⁾ Есиповъ, ук. соч., стр. 52.

преступленій» ¹⁾. Къ этой же точкѣ зрѣнія склонялась первоначально, какъ мы видѣли, и Редакціонная Комиссія по составленію уголовного уложенія, выдвигая въ качествѣ признака, разграничивающаго должностныя преступленія отъ другихъ, способъ дѣйствія, злоупотребленіе властью.

Въ противоположность этому, мы сказали бы, безнадежному взгляду на должностныя преступленія мы думаемъ, что возможно все-таки найти правовыя блага, которыя являются объектомъ только должностныхъ преступленій. Оппенгеймъ, указавшій на существованіе такихъ объектовъ, определенно ихъ не называетъ, а въ своемъ трудѣ объ объектахъ преступленій (правда, по отношенію къ положительному германскому праву), вопреки своимъ собственнымъ взглядамъ, въ качествѣ объекта цѣлаго ряда дѣяній, предусмотрѣнныхъ 28-мъ отдѣломъ германскаго уголовного уложенія, называетъ служебный долгъ ²⁾.

Понятіе служебнаго долга, равно какъ и начало законности въ отправленіи службы, хотя и являются правовыми благами, доступными лишь для воздѣйствія должностныхъ лицъ, представляются недостаточно определенными и излишне формальными; они могутъ быть объектомъ дисциплинарной провинности, но едва ли будутъ цѣлесообразно выставлять ихъ въ качествѣ специальныхъ объектовъ должностныхъ преступленій. Въ качествѣ таковыхъ мы могли бы указать прежде всего начало безмездности служебныхъ дѣйствій, служебную тайну, долгъ подчиненности. Посягательства на эти блага

¹⁾ Лозина-Лозинскій, ук. ст., стр. 947.

²⁾ Oppenheim, (Die Objekte d. Verbrechen, стр. 366 и слѣд.) говорить объ „Amtsgewalt“, какъ „Schutz-Objekt“, „welche missbraucht wird“, но злоупотребленіе связанной съ должностью властью и составляетъ нарушеніе служебнаго долга.

доступны только должностнымъ лицамъ и въ тоже время являются дѣяніями уголовно-наказуемыми. Въ тѣхъ кодексахъ, которые, подобно нашему уложенію о нак., расширили область должностныхъ преступленій за счетъ дисциплинарной отвѣтственности. можно указать и другіе объекты. Правда, о нихъ можно сказать, что они являются лишь частными понятіями болѣе широкой идеи служебнаго долга, но тѣмъ не менѣе, разъ они лежатъ въ основѣ отдѣльныхъ деликтовъ, они настолько сформировались и обособились, что могутъ быть признаны имѣющими самостоятельное значеніе. Число такихъ объектовъ, дѣйствительно, невелико и это обстоятельство дало поводъ къ тому заключенію о неправильности выдѣленія должностныхъ преступленій въ особую группу, на которое указывалъ проф. Есиповъ. Значительно большая часть должностныхъ преступленій заключаетъ посягательства на блага общія, доступныя для всѣхъ, но учиняемыя съ помощью особаго способа, вытекающаго изъ занимаемаго виновнымъ особаго положенія.

Должностное преступленіе представляетъ, по существу своему, злоупотребленіе властью или полномочіями, коими снабжается органъ управленія. Въ силу присущихъ органу власти полномочій онъ можетъ распоряжаться извѣстной совокупностью правовыхъ благъ государственныхъ, общественныхъ и частныхъ. Если органъ власти, вмѣсто тѣхъ цѣлей, ради которыхъ ему предоставлена закономъ извѣстная компетенція и даны извѣстныя полномочія, будетъ преслѣдовать иныя цѣли и такимъ образомъ будетъ, слѣдовательно, злоупотреблять своими полномочіями, то онъ явится виновнымъ въ должностномъ преступленіи. Объектомъ должностныхъ преступленій будутъ, слѣдовательно, тѣ правовыя блага, распоряжаться которыми должностное лицо можетъ въ силу представленной ему закономъ компетенціи. Одни изъ этихъ благъ

доступны для воздѣйствія лишь со стороны должностныхъ лицъ, другія, хотя и могутъ быть нарушены всѣми, но со стороны должностныхъ лицъ они могутъ быть нарушены такимъ способомъ, какой недоступенъ всѣмъ прочимъ. Условіемъ для отнесенія дѣянія къ категоріи должностныхъ необходимо должна быть дѣятельность въ предѣлахъ законныхъ полномочій, такъ какъ въ противномъ случаѣ дѣяніе будетъ общимъ, лишь квалифицированнымъ въ силу особаго положенія виновнаго. Такимъ образомъ, должностное преступленіе—это злоупотребленіе служебными полномочіями, заключающееся въ посягательствахъ или на правовыя блага, доступныя для воздѣйствія лишь со стороны должностныхъ лицъ, или и на иныя правовыя блага, но учиненное съ помощью такого способа, который находится въ рукахъ только должностныхъ лицъ. Слѣдовательно, одна часть должностныхъ преступленій характеризуется какъ объектомъ, такъ и способомъ учиненія, какъ напр., взяточничество, нарушеніе служебной тайны, слабый за подчиненными надзоръ и т. п., другая характеризуется не столько объектомъ, сколько самымъ способомъ дѣйствія (служебнымъ), какъ напр., подлогъ, противозаконные обыски, осмотры, задержаніе и т. п. ¹⁾ Правовые интересы, затрогиваемые означенными дѣяніями, могутъ быть нарушены и частными лицами, но нарушеніе ихъ будетъ должностнымъ преступленіемъ, когда оно учинено должностнымъ лицомъ, дѣйствовавшимъ въ предѣлахъ своей компетенціи. Сюда не подойдутъ поэтому такіе случаи,

¹⁾ Примѣрами должностныхъ преступленій могутъ служить: отказъ задержать вора и отобрать отъ него украденное, отказъ въ угодѣ отвѣтчику наложить арестъ на его имущество, медленность въ освобожденіи неправильно задержаннаго, обращеніе къ исполненію приговора объ арестѣ до наступленія срока, непринятіе мѣръ къ предупрежденію какого либо посягательства, входъ въ чужое жилище подъ предлогомъ обыска или осмотра распоряжіе о вятіи подъ стражу и т. д.

какъ напр., кража во время обыска, учиненная участвующими въ производствѣ его лицами, нанесеніе побоевъ судебнымъ слѣдователемъ приведенному къ нему обвиняемому, поджогъ тюрьмы ея смотрителемъ и т. п. Все это будутъ дѣянія общія, только квалифицированныя, въ силу особаго положенія ихъ виновника ¹⁾).

Если, слѣдовательно, сущность должностного преступления заключается въ злоупотребленіи государственной властью, выражающемся въ преступномъ посягательствѣ на права и правовыя блага, врученныя органу власти по его должности, то отсюда, какъ правильно замѣчаетъ Биндингъ, вытекаетъ одно категорическое требованіе: указанныя посягательства должны быть дѣйствительно объективно противоправны, должны дѣйствительно являться объективнымъ нарушеніемъ нормъ. По этому, если чиновникъ, желая вести себя съ полнымъ презрѣніемъ къ возложенному на него порученію, въ дѣйствительности поступаетъ согласно съ закономъ, то въ его дѣятельности можно усмотрѣть признаки тяжелой дисциплинарной неправды, но отнюдь не составъ должностного преступления. Если бы, напр., единоличны

¹⁾ Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Сената проглядываетъ такой-же взглядъ на сущность должностныхъ преступленій; такъ, въ опред. Соед. Прис. (18 января 1888 г. № 434), былъ отвергнутъ должностной характеръ въ дѣяніи канцелярскаго служителя и вольнонаемнаго писмоводителя полицейскаго управленія, выманившихъ деньги у крестьянина, подъ предлогомъ освобожденія послѣдняго отъ ареста, такъ какъ „дѣйствіе это не касалось служебныхъ обязанностей обвиняемыхъ“; въ рядѣ другихъ опредѣленій Сената высказалъ, что преступленія, предусмотрѣнныя ст.ст. 169—172 Уст. о Нак. и ст.ст. 1644—1664 Улож. о Нак. подлежатъ преслѣдованію въ общемъ порядкѣ уголовнаго судопроизводства и никакихъ изыятій для должностныхъ лицъ, могущихъ совершить подобное преступленіе при отправленіи служебныхъ обязанностей, въ законѣ не установлено... ибо такого рода преступныя дѣянія какъ кража или вообще мошенничество, когда они не имѣютъ характера нарушенія долга службы, не составляютъ преступленій должности. (Соед. Прис. 29 января 1891 г., № 881; 31 марта 1880 г., № 3033; 30 ноября 1881 г., № 8189. Цит. по Сборнику Тимофеевскаго и Кузнецова, стр. 192—193).

судья обвинялся въ несправосудіи въ виду того, что онъ въ цѣляхъ покровительства одному изъ тяжущихся воспользовался толкованіемъ закона, которое признавалось имъ самимъ неправильнымъ, уголовный же судъ, который разсматривалъ дѣло по обвиненію въ несправосудіи, призналъ примѣненное толкованіе вѣрнымъ и вынесенное рѣшеніе правильнымъ, то въ такомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о несправосудіи; или если слѣдователь отдаетъ приказъ о задержаніи лица, котораго онъ не имѣтъ основанія подозрѣвать въ попыткѣ уклониться отъ суда и слѣдствія или вступить въ стачку со свидѣтелями, между тѣмъ какъ такія основанія существуютъ, или если слѣдователь вознамѣрился ночью произвести обыскъ въ квартирѣ лица, которое оказалось состоящимъ подъ надзоромъ полиціи, или, если прокуроръ возбуждаетъ преслѣдованіе противъ лица, которое онъ считаетъ въ дѣйствительности невиновнымъ, начатое же слѣдствіе вскрываетъ его виновность, во всѣхъ этихъ случаяхъ, по мнѣнію Биндинга, имѣетъ мѣсто тяжкое нарушеніе служебнаго долга, но объективно всѣ эти дѣйствія являются правомѣрными актами власти, слѣдовательно, они не могутъ быть признаны должностными преступленіями ¹⁾).

¹⁾ Lehrbuch, II/2, стр. 405—406.

ГЛАВА IV.

Субъектъ должностныхъ преступленийъ. Участіе частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ.

Было время, когда должностныя преступленія выдѣлялись изъ другихъ группъ преступныхъ посягательствъ, въ качествѣ преступленій особенныхъ, (*delicta propria*, *Besondere Verbrechen*) исключительно вслѣдствіе особыхъ свойствъ учиняющихъ эти преступныя дѣянія виновниковъ, — лицъ должностныхъ. Выясненіе понятія должностного лица, какъ спеціальнаго виновника этихъ особенныхъ преступленій, представлялось тогда настоятельно необходимымъ. Но не менѣе важно выясненіе этого понятія и теперь, когда выдѣленіе должностныхъ преступленій въ особую группу и не связывается исключительно со свойствами виновника, а покоится на признакахъ, коренящихся въ самой юридической природѣ этой группы дѣяній, такъ какъ положительный уголовный законъ даетъ крайне разнообразный отвѣтъ на вопросъ о томъ, кто можетъ быть виновникомъ должностныхъ преступленій?

Даже при поверхностномъ обзорѣ современнаго законодательства можно усмотрѣть, что кругъ виновниковъ должностныхъ преступленій въ настоящее время значительно разросся, выйдя далеко за предѣлы понятія должностного лица. Въ настоящее время должностное лицо, какъ это нетрудно видѣть, является только однимъ изъ возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій,

наряду съ цѣлой группой другихъ лицъ¹⁾. Кромѣ того, самое понятіе должностного лица не является чѣмъ то устойчивымъ и неизмѣннымъ, и выясненіе содержанія этого понятія составляетъ не легкую задачу какъ для доктрины, такъ и для практики. Нѣкоторые законодательства, какъ напр. германское, итальянское, наше уголовное уложеніе 1903 г. стремятся нѣсколько облегчить эту задачу включеніемъ въ самый текстъ закона нѣкоторыхъ признаковъ, которыми характеризуется должностное лицо, какъ возможный виновникъ должностного преступленія. Другіе же кодексы, и такихъ большинство, ограничиваются простымъ наименованіемъ возможныхъ виновниковъ данной группы преступленій, предоставляя судебной практикѣ выяснить и болѣе или менѣе точно установить предѣлы отдѣльныхъ понятій, нуждающихся и требующихъ поясненія²⁾.

I.

Эта послѣдняя система усвоена старѣйшимъ изъ европейскихъ законодательствъ французскимъ, которое не только не содержитъ никакого опредѣленія должностного лица, но и не имѣетъ даже твердой терминологіи для опредѣленія возможныхъ виновниковъ преступленія. *Cod. pénal* говоритъ о «*fonctionnaires*», объ «*officiers ministériels*», объ «*officiers publics*», «*agent*», «*préposé*», «*commiss du gouvernement, d'une administration, de la police*»

¹⁾ „Sein (Amtsverbrechen) ursprünglich einziger Täter war der Beamte. Mit der Zeit hat sich ihm der unbeamtete Amtsträger gesellt“, *Sammlung* Binding, I.B. II/2, стр. 395.

²⁾ Главнымъ пособіемъ при разработкѣ данного вопроса, особенно въ части, касающейся германскаго права, намъ послужилъ трудъ Wachinger'a — *Verbrechen und Vergehen im Amte, Allgemeine Erörterung. См. Vergleichende Darstellung d. Deut. und Ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, IX, стр. 193—307.*

и т. д., но нигдѣ не даетъ болѣе точнаго опредѣленія этихъ понятій, которое и восполняется практикой.

Болѣе широкимъ понятіемъ, обнимающимъ другія, законъ считаетъ «fonctionnaires». Это понятіе стоитъ въ заголовкѣ титула, посвященнаго собственно должностнымъ преступленіямъ и употребляется во вводныхъ art. art. 166, 167 о «forfaiture». Употребляя этотъ терминъ, законъ имѣетъ въ виду всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя отъ имени государства осуществляютъ извѣстную долю публичной власти; такъ министры, префекты, комиссары полиціи и т. д. являются «fonctionnaires de l'ordre administratif», органы прокуратуры, судебные органы—«fonctionnaires de l'ordre judiciaire». Съ понятіемъ «fonctionnaire» не слѣдуетъ смѣшивать понятія «les agents de la force publique» и «agents de l'autorité publique». Другимъ общимъ терминомъ, употребляемымъ во французскомъ законодательствѣ, является «officiers publics»; въ смыслѣ болѣе широкомъ, это вообще различные агенты, находящіеся непосредственно или посредственно на службѣ государства; въ болѣе же узкомъ смыслѣ подъ «officiers publics» понимаются второстепенные органы правительства, дѣйствующие въ силу приказа или порученія вышнихъ органовъ. Подъ «officiers ministeriels» обыкновенно понимаются органы судебные, (institués pour le service de la justice, dont on est tenu d'emprunter le ministère, et qui ne peuvent le refuser lorsqu'ils en sont requis: tels sont les greffiers, avoués, huissiers, notaires etc. ¹⁾).

¹⁾ Garraud, IV стр. 3. Dalloz, Dictionnaire pratique, I, Fonctionnaire public, n. 1: On entend par fonctionnaire public, en general, celui qui exerce une fonction publique, c'est-à-dire qui concourt d'une manière quelconque à la gestion de la chose publique. Но относительно уголовного законодательства дѣлается оговорка: „Cette expression a un sens plus restreinte des les dispositions du Code pénal; elle ne s'applique même pas toujours aux mêmes personnes; il faut, dans chaque cas particulier, déterminer l'étendue qu'il convient de lui attribuer“, стр. 654.

Законъ, повидимому, стремится къ тому, чтобы при обрисовкѣ составовъ отдѣльныхъ должностныхъ преступленій указать, въ качествѣ возможныхъ виновниковъ, всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя, по свойству лежащихъ на нихъ обязанностей, имѣютъ фактическую возможность учинить дѣяніе даннаго рода. Соотвѣтственно съ этимъ и практика въ пониманіи употребляемыхъ закономъ терминовъ не придерживается строго того значенія, какое имѣютъ данные термины въ административномъ правѣ, вслѣдствіе чего толкованіе судебной практики расходится съ административнымъ значеніемъ этихъ терминовъ ¹⁾. Такъ, на основаніи первоначальнаго текста art. 177 возможнымъ виновникомъ взяточничества являлся «fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire»; но судебная практика подводила подъ это понятіе всѣхъ лицъ, облеченныхъ путемъ избранія или посредствомъ делегации исполнительной власти «mandat public», постояннымъ или временнымъ, въ силу коего названныя лица за извѣстное вознагражденіе или бесплатно уполномачиваются къ участию въ дѣлахъ государства, департамента или коммуны; такимъ образомъ къ должностнымъ лицамъ практика относилась не только уполномоченныхъ коммунъ (préposés—Cass 29 мая 1886 г.), но и народныхъ представителей (Cass. 24 февр. 1894 г. ²⁾). Определенно выдѣляются изъ разряда должностныхъ лицъ представители церкви, и преступныя дѣянія «les ministres des cultes légalement reconnus» не сливаются съ проступками должностныхъ лицъ ³⁾.

¹⁾ Garraud, Traité, IV, 3 стр. „C'est une question parfois difficile à résoudre, et elle doit l'être secundum subjectam materiam, c'est-à-dire en égard à chaque infraction en particulier“.

²⁾ Въ силу закона 4 іюля 1889 г. прежнее содержаніе art. 177 пополнено опредѣленнымъ указаніемъ на лицъ „investis d'un mandat électif“, какъ на возможныхъ виновниковъ взяточничества.

³⁾ Garraud, IV, стр. 157.

Въ норвежскомъ уложеніи 1902 г. субъектомъ должностныхъ преступленій, за немногими исключеніями, является «offentlig tjenestemand»; опредѣленія этого понятія законъ не содержитъ, а въ мотивахъ къ проекту 1896 г. высказывался взглядъ, что представляется вообще невозможнымъ дать простое, основанное на отвлеченныхъ признакахъ опредѣленіе понятія должностного лица и что было-бы поэтому надежнѣе въ отдѣльныхъ законахъ и актахъ назначенія опредѣленно указывать, имѣется-ли въ данномъ случаѣ въ виду установить должностное отношеніе или нѣтъ? ¹⁾.

Существеннымъ моментомъ понятія «tjenestemand» является характеръ службы; это понятіе обнимаетъ также лицъ, которыя въ силу спеціальнаго порученія отпра-

¹⁾ „Мотивы“ относятся къ должностнымъ лицамъ всѣхъ тѣхъ, коимъ въ силу избранія или назначенія предоставлена публичная власть въ государствѣ или общинѣ или коимъ оказывается особое довѣріе (Glaubwürdigkeit) въ какомъ-либо отношеніи, какъ-то: представители общины, сборщики налоговъ, присяжные, судебные засѣдатели. Относительно причисленія этихъ лицъ къ категоріи должностныхъ сомнѣнія быть не можетъ; сомнѣніе начинается относительно такихъ лицъ, которыя, находясь на службѣ государственной или общественной, не имѣютъ власти, которую можетъ передать только государство. Для разрѣшенія этого сомнѣнія не возможно установить одного общаго правила; вопросъ разрѣшается въ зависимости отъ общей или меньшей степени довѣрія, котораго требуетъ то или другое положеніе; такъ не могутъ быть относимы къ должностнымъ лицамъ—пожарные служители, горнорабочіе, наоборотъ должны быть признаны должностными лицами почтовые и телеграфные служащіе и т. д. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ за лицомъ можетъ быть признаваемо значеніе должностного лица лишь въ отношеніи какого-либо отдѣльнаго возложеннаго на него порученія и въ предѣлахъ выполненія этого порученія (см. Wachinger, Vergl. Darstellung. BT. т. IX, стр. 273—274).

Насегур полагаетъ, что должностными лицами слѣдуетъ считать всѣхъ облеченныхъ публичной властью или управляющихъ такіа обязанности (Verrichtungen), которыя входятъ въ число задачъ государственнаго управленія; центръ тяжести понятія должностныхъ лицъ заключается сѣдовательно не въ моментъ назначенія (Anstellung) на государственную или общественную службу, а въ самомъ свойствѣ дѣятельности лица; не имѣетъ поэтому значенія съ согласія или въ силу законной обязанности были приняты на себя извѣстныя полномочія.

вляють отдѣльныя опредѣленныя функціи, какъ напр. присяжные. Въ §§ 110, 113 и 325 возможными виновниками законъ называетъ судей, присяжныхъ, «skjonsmaend» (экспертовъ по гражданскимъ дѣламъ, заключеніе коихъ обязательно для судей), экспертовъ, третейскихъ судей, поскольку ихъ рѣшенія имѣютъ силу приговоровъ. Несомнѣнно, что всѣ указанные лица, за исключеніемъ развѣ третейскихъ судей, экспертовъ и skjonsmaend, подходятъ подъ понятіе «tjenestemand», какъ опредѣляютъ это понятіе мотивы къ проекту. Наконецъ, на основаніи закона 12 авг. 1848 г. и 26 сент. 1857 г. постановленія о должностныхъ преступленіяхъ примѣняются къ повѣреннымъ и адвокатамъ высшаго суда, а по закону 27 іюня 1891 г. — къ представителямъ религіозныхъ обществъ ¹⁾.

Въ уложеніи го лландскомъ большая часть должностныхъ преступленій имѣетъ своимъ субъектомъ «ambtenaar» или лицъ, подходящихъ подъ это понятіе; болѣе близкаго опредѣленія этого понятія законъ не содержитъ не потому, чтобы это было вообще невозможно, а потому, какъ замѣчаетъ объяс. зап., что опредѣленія вообще не должны имѣть мѣсто въ законѣ ²⁾.

Помимо «ambtenaar» возможными виновниками

¹⁾ Wachinger, ук. соч. стр. 274—275.

²⁾ Объясн. Зап. должностными лицами считаетъ „лицъ назначенныхъ государственной властью“, но кто можетъ быть таковымъ лицомъ рѣшить довольно трудно. По мнѣнію v. Hamel'a, должностными лицами должны быть признаны всѣ тѣ, кто временно или постоянно, за вознагражденіе или бесплатно, въ силу назначенія публичной властью, несутъ общественную должность (ein öffentlichrechtliches Amt), которая является частью постоянной организаціи, связанной съ опредѣленными правилами службы, надзоромъ и началомъ іерархіи. Публичной же должностью, въ глазахъ v. Hamel'a, является всякое регулируемое публичнымъ правомъ положеніе (Stellung), возлагающее опредѣленную задачу, которая должна быть выполнена для государства или какой либо его части (провинція, общины и т. п.) (См. Wachinger, ук. соч. стр. 275—276).

должностныхъ преступленийъ въ голландскомъ правѣ являются:

1. На основаніи art. 84: а) лица, законнымъ образомъ избранныя ¹⁾; б) третейскіе судьи, а также судьи, выполняющіе административныя функціи ²⁾; в) всѣ, входящіе въ составъ арміи ³⁾.

2. Составы отдѣльныхъ должностныхъ преступленийъ называютъ въ качествѣ возможныхъ виновниковъ служащихъ, но не чиновниковъ, такъ напр. въ art. 359—361, говорящихъ о присвоеніи, подлогѣ въ книгахъ, сокрытіи актовъ, наряду съ должностными лицами упоминаются также уполномоченные къ отправленію публичной должности постоянно или временно, а въ art. 374 и 375—лица, служащія при предназначенномъ для общественнаго пользованія телеграфѣ ⁴⁾.

II.

Въ противоположность разсмотрѣннымъ законодательствамъ германское уложеніе, итальянское и наше

¹⁾ Уравненіе членовъ палатъ, провинціальныхъ штатовъ и общинныхъ совѣтовъ съ чиновниками было проведено по примѣру французской судебной практики въ виду того, что указанныя лица, избранныя законнымъ образомъ, выполняютъ „*munus publicum*“ не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ и лица, назначаемыя на должность исполнительной власти.

²⁾ Третейскіе судьи отнесены къ должностнымъ лицамъ въ виду того, что, хотя и на основаніи частно-правнаго порученія, они несутъ все-таки *munus publicum*; упоминаніе объ судьяхъ, выполняющихъ административныя обязанности, сдѣлано съ цѣлью устраненія сомнѣнія.

³⁾ Отнесеніе къ должностнымъ лицамъ военныхъ чиновъ является особенностью голландскаго права, не встрѣчающейся въ другихъ законодательствахъ.

⁴⁾ Кромѣ того въ art. 183 и 184, abs. II—въ преступныхъ дѣяніяхъ, направленныхъ противъ должностныхъ лицъ, съ должностными лицами уравнены служащіе на желѣзныхъ дорогахъ (*die Vorsteher, beedeten Beamten u. Bediensteten des Eisenbahndienstes*), а также лица, несущія въ силу предписанія закона общественную службу, временно или постоянно, (*die kraft gesetzlicher Vorschrift dauernd oder zeitweise mit einem öffentlichen Dienste betraut sind*). См. Wachinger, ук. соч. стр. 276—277.

уголовное уложеніе въ самомъ законѣ указываютъ признаки возможнаго виновника должностныхъ преступленийъ. Въ § 359 St.G.B. содержится опредѣленіе должностного лица, а въ § 31,2—опредѣленіе понятія публичной должности—«*das öffentliche Amt*». Оба эти опредѣленія имѣютъ силу и значеніе для всѣхъ постановленій уголовно-правового характера, касающихся должностныхъ лицъ, гдѣ бы эти постановленія ни находились: въ уголовномъ уложеніи или внѣ его ¹⁾.

Но сравненіе этихъ опредѣленій (§ 359 и § 31,2) показываетъ, что съ точки зрѣнія StGB. не всякій, занимающій какую-либо должность, можетъ быть признанъ въ тоже время и должностнымъ лицомъ. Изъ носителей тѣхъ общественныхъ обязанностей, которыя подводятся законодателемъ подъ понятіе «*das öffentlichen Amtes*»: «*Anwaltschaft*», «*Advokatur*» и «*Notariat*», только нотариусы признаются законодателемъ должностными лицами (*Beamten*).

Кромѣ того, возможными субъектами должностныхъ преступленийъ StGB. признаетъ присяжныхъ, шеффеновъ и третейскихъ судей, а при взяточничествѣ (§ 333)—также лицъ, входящихъ въ составъ арміи—«*Mitglieder der bewaffneten Macht*».

Такимъ образомъ, понятія «*Amt*» и «*Beamte*» въ ихъ обычномъ словоупотребленіи не совпадаютъ и въ дѣйствительности существуютъ такіе «*Amtsträger*», которые не признаются должностными лицами («*Beamten*»), и наоборотъ, такіа должностныя лица, которыя въ данный моментъ никакой должности не занимаютъ.

Можетъ ли быть субъектомъ должностного преступленія только должностное лицо, отправляющее извѣстную

¹⁾ Rüdorff. Anm. 2 и Olshausen Anm. 1 zu § 359 и Anm. 11 zu § 31; Binding. LB. II, 384; Wachinger, ук. соч. стр. 234.

должность? Общаго отвѣта на этотъ вопросъ дать нельзя; онъ рѣшается въ зависимости отъ состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній ¹⁾). Въ качествѣ руководящаго положенія выставляется обыкновенно правило, что послѣ оставленія должности должностное преступленіе уже не можетъ быть учинено, при чемъ здѣсь имѣется въ виду не столько отстраненіе отъ отправленія должности, (Wegfall der Amtsinnehabung), сколько прекращеніе самаго должностнаго отношенія (Beamtenverhältniss) ²⁾). Напротивъ, прекращеніе должностнаго отношенія или оставленіе должности уже послѣ учиненія преступнаго дѣянія, конечно, не мѣняетъ характера этого послѣдняго.

Данное въ § 359 опредѣленіе понятія должностнаго лица требуетъ нѣкоторыхъ поясненій.

Такъ прежде всего требуетъ разясненія понятіе «Anstellung» — опредѣленія на службу, представляющее необходимое условіе для признанія за лицами должностнаго характера (Beamteneigenschaft) ³⁾, Вахингеръ устанавливаетъ двоякое толкованіе этого понятія: болѣе строгое — узкое и болѣе свободное — широкое.

Подъ опредѣленіемъ на службу въ болѣе строгомъ смыслѣ слова подразумѣвается созданіе путемъ назначенія или избранія публично-правоваго служебнаго отношенія къ государству въ цѣляхъ отправленія общественной службы ⁴⁾.

Сущность этого государственно-служебнаго отношенія, создаемаго опредѣленіемъ на службу, господствующая

¹⁾ Binding, LB. II, 384, Ziff. 3; 394, Ziff. XI, 3.

²⁾ Haelschner, HB. II, 1034; H. Meyer, LB. 841; Olshausen, Verbem. 5, zu 28 Absch.; Oppenhof, Anm. 1 zu § 348; Wachinger, стр. 235.

³⁾ Hubrich, Gerichtssaal 75, стр. 122—123; Frank, ук. соч. Anm. I zu § 359.

⁴⁾ См. Hälschner, ук. соч. II, 1033 и слѣд.; Binding, LB. II, 383; Ср. также Olshausen, Anm. II zu § 359; Frank, Anm. II zu § 359; Ср. Wachinger, ук. соч. стр. 237.

щее ученіе характеризуетъ, какъ скрѣпленное дисциплинарными предписаніями отношеніе властвованія, обязывающее человѣка къ свободному исполненію служебныхъ обязанностей, къ особой вѣрности и къ особому повиновенію, отношеніе, которое отличается отъ частно-правныхъ договорныхъ отношеній — отсутствіемъ равенства контрагентовъ, а отъ частно-правовыхъ отношеній властвованія — публичнымъ характеромъ цѣли службы ¹⁾. Самый актъ опредѣленія на службу (d. publizistische Begründungsakt) понимается то какъ односторонній актъ государственной власти, которому можетъ но не обязательно, предшествовать соглашеніе воли ²⁾, то какъ публично-правовой договоръ, основанный на соглашеніи воли контрагентовъ ³⁾. Иногда къ этому присоединяется еще указаніе, что въ понятіе государственно-служебнаго отношенія необходимо входитъ общее порученіе — исполнять всѣ присущія данной должности обязанности, и слѣдовательно порученія исполнять только отдѣльныя опредѣленныя услуги для понятія государственной службы недостаточно ⁴⁾.

Въ противоположность этому строгому толкованію понятія опредѣленія на службу, болѣе широкое толкованіе его, принятое въ практикѣ прусскаго Ober-tribunal'a ⁵⁾, подъ опредѣленными на государственную службу и, слѣдовательно, должностными лицами подразумѣваетъ

¹⁾ См. Laband, Staatsrecht, I, 406 и 413; Rehm, Annalen d. Deut. Reichs 1885 г., стр. 146 и слѣд.; Binding, LB. II, 383; Rheinbaben, Die preuss. Disziplinargesetze, 19; Olshausen, Anm. II zu § 359; Frank, Anm. II zu § 359; Wachinger, ук. соч. стр. 237.

²⁾ См. Laband, I, 418; Hälschner, HB. II, 1013; Binding, LB. II, 354, прим. 5.

³⁾ Laband, ук. соч. I, 421; Olshausen, 2 zu § 359; Frank, II, Anm. zu § 359; Wachinger, ук. соч. стр. 238.

⁴⁾ Hälschner, HB. II, 1033, особ. прим. 3; Rheinbaben, ук. соч. стр. 18 и 29. Это условіе не слѣдуетъ смѣшивать съ дѣйствующимъ характеромъ службы. — Wachinger, стр. 238, пр. 2.

⁵⁾ См. Meves, HN. III, 934.

тѣхъ, кто призванъ законнымъ образомъ, въ качествѣ органа государственной власти, дѣйствовать для достиженія государственныхъ цѣлей ¹⁾. Сущность различія между болѣе узкимъ и болѣе широкимъ пониманіемъ «опредѣленія на службу» (*Anstellung*) заключается въ томъ, что первое толкованіе слово «*Dienst*» въ § 359 понимаетъ какъ «публично-правовое служебное отношеніе», какъ «отношеніе властвованія» (*öffentlichrechtliches Dienstverhältniss, Gewaltverhältniss*), второе же толкованіе понимаетъ его, какъ принятіе на себя публичныхъ обязанностей, слѣд. какъ несеніе службы (*Wahrnehmung öffentlicher Funktionen, Amtsausübung*) ²⁾.

Судебная практика очень часто пользуется болѣе широкимъ опредѣленіемъ должностного лица, не менѣе часто оно встрѣчается, безъ всякихъ оговорокъ, и въ литературѣ. Между тѣмъ оно вызываетъ серьезное возраженіе: подъ это опредѣленіе могутъ одинаково подойти какъ должностныя лица въ собственномъ смыслѣ (*Beamten*), такъ и тѣ, кого законъ называетъ только «*Amtsträger*» или «*Inhaber*» *des öffentlichen Amtes*», между тѣмъ какъ уголовное уложеніе проводитъ между этими понятіями различіе ³⁾.

Въ виду этого въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ указываются ограничительные признаки, значительно суживающіе широкія границы указаннаго опредѣленія и приближающіе его къ болѣе строгому толкованію ⁴⁾.

¹⁾ Schwarze, Anm. 2/3 zu 359; Olshausen, Anm. 2 zu § 359; Oppenhoff, Anm. 3 zu 359, Henle-Schirlinger, Anm. 2 zu § 359. Иногда къ этому опредѣленію присоединяется еще указаніе на элементъ «самостоятельности», какъ напр. у Schwarze и у Henle-Schirlinger'a. См. Wachinger, ук. соч. стр. 238, пр. 4.

²⁾ Laband, ук. соч. I, 404, прим. 2 и стр. 412; Rheinbaben, ук. соч. стр. 27 и слѣд.; Wachinger, ук. соч. стр. 230.

³⁾ Hälschner, ук. соч. II, 1033, прим. 4; Binding, LB. II, 382, прим. 2; Wachinger, ук. соч. стр. 238.

⁴⁾ Такъ напр. отвергается наличность опредѣленія на государственную

помимо отмѣченнаго смѣшенія должностныхъ лицъ въ собственномъ смыслѣ и лицъ, только отправляющихъ публичныя обязанности, болѣе широкое толкованіе понятія «*Anstellung*» представляетъ еще затрудненіе при проведеніи границы между должностными и не должностными лицами въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ на основаніи служебныхъ отношеній совершенно частнаго характера дѣло идетъ о преслѣдованіи публичныхъ цѣлей. Въ такихъ случаяхъ стараются установить необходимое различіе сообразно съ природой оказываемыхъ услугъ ¹⁾.

Другое понятіе, включенное въ опредѣленіе долж-

службу и слѣдовательно должностного характера за служащимъ, если исполненіе служебныхъ обязанностей поконится на чисто частно-правовомъ договорѣ, съ которымъ не соединяется передача должности (*Amtsübertragung*) или если исполненіе служебныхъ обязанностей непосредственно вытекало изъ всеобщей законной повинности подданныхъ или изъ законнаго ихъ права, или если дѣло шло о порученіи выполнить отдѣльныя служебныя дѣйствія. См. Olshausen, Anm. 8 a. b. и с. и Anm. 15 b II 3. § 359; Oppenhoff, Anm. 2 a zu § 359. Рѣш. R. G. V, 418.

¹⁾ Такъ напр. призваніе къ занятіямъ, которыя представляются проявленіемъ государственнаго верховенства, всегда признается публично-правовымъ актомъ компетентнаго органа государственной власти (т. е. опредѣленіемъ на службу, а лицо призванное—должностнымъ лицомъ); если бы между призваннымъ и государствомъ существовали еще другія отношенія частно-правнаго характера, то въ такомъ случаѣ имѣла бы мѣсто совокупность частно-правныхъ отношеній съ публичной должностью. Но если бы дѣло шло объ исполненіи служебныхъ обязанностей, которыя не могутъ быть разсматриваемы какъ проявленіе государственнаго верховенства, то изъ одного факта несенія этихъ обязанностей нельзя еще вывести заключенія о должностномъ характерѣ служащаго и для устраненія сомнѣній требуется наличность какого-либо формальнаго акта (утвержденія, присяги и т. п.), который бы подтвердилъ, что съ частно-правовымъ отношеніемъ соединяется отношеніе публично-правовое, или что имѣлось въ виду превращеніе частно-правового отношенія въ публично-правовое или созданіе чисто публично-правового отношенія. Ср. Oppenhoff, Anm. 6 zu § 359; Olshausen, Anm. 7 zu § 359; особ. рѣш. XVI, 378; напротивъ Binding, LB. II, 389, прим. 3; такимъ образомъ съ точки зрѣнія болѣе широкаго толкованія понятія должностного лица, таковыми могутъ быть признаны всѣ тѣ, кто компетентнымъ органомъ государственной власти, путемъ формальнаго публично-правового акта или путемъ передачи верховныхъ функций общимъ образомъ, призывается къ дѣятельности въ качествѣ органа государства для осуществленія его цѣлей. Wachinger, ук. соч. стр. 239.

ностного лица и также нуждающееся въ некоторомъ поясненіи, это понятіе о непосредственной и посредственной государственной службѣ (unmittelbarer oder mittelbarer Dienst). Это понятіе требуетъ выясненія, такъ какъ отъ того или иного толкованія понятія «mittelbarer Dienst» зависитъ отнесеніе или неотнесеніе даннаго лица къ категоріи должностныхъ лицъ.

Мевесъ различаетъ непосредственную и посредственную службу, смотря по тому, находится ли должностное лицо въ отношеніи непосредственной зависимости отъ государства или отъ уполномоченныхъ на то государствомъ союзовъ (Genossenschaft), или по тому, приняла-ли государственная власть непосредственное или посредственное участіе въ назначеніи лица на должность¹⁾.

Ольсгаузенъ, при опредѣленіи понятія «посредственного должностного лица» (mittelbar. Beamte), обращаетъ главное вниманіе на то, отъ кого исходитъ призывъ къ несенію службы (Berufung zur Dienstleistung²⁾; большинство же рѣшаетъ этотъ вопросъ въ зависимости отъ того, кому несется служба³⁾.

При разрѣшеніи этого вопроса, для опредѣленія круга возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій болѣе важнымъ представляется выясненіе того, кто можетъ считаться посредникомъ (vermittelnde Glieder) при опредѣленіи на службу т. е. установленіи государственно-служебныхъ отношеній. Со времени разъясненія прусскаго правительства 1849 г. обыкновенно такое значеніе при-

¹⁾ См. Meves, НН. III, 935.

²⁾ Olshausen, Anm. 5 а и 12 zu § 359.

³⁾ Rüdorff, Anm. 5 къ § 359; Oppenhoff, Anm. 4 къ § 259; Binding, LB. II, 392; Rheinbaben, ук. соч. стр. 24; Рѣш. RG. I, 153; III, 260; VII, 31 и сл. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что субъектъ, опредѣляющій на службу, и субъектъ, въ интересахъ котораго исполняются служебныя обязанности, не всегда совпадаютъ, напр. назначаемый королемъ бургомистръ г. Франкфурта на Майнѣ. Wachinger, ук. соч. стр. 240.

знается за союзами (Gemeinheit), подчиненными государству, органически входящими въ государственный строй и потому находящимися подъ наблюденіемъ и контролемъ государства т. е. за корпораціями публично-правового характера¹⁾. Къ числу такихъ посредниковъ (Mittelglied), отъ которыхъ можетъ исходить опредѣленіе на службу или въ пользу которыхъ можетъ быть отправляема служба, по мнѣнію Вахингера, слѣдуетъ прежде всего отнести: политическіе союзы, союзы общинъ, школьныя общины, учрежденія для призрѣнія инвалидовъ, кредитныя учрежденія, торговыя палаты, ремесленныя палаты, сельско-хозяйственныя палаты, владѣльцевъ привилегированныхъ помѣстій²⁾.

Помимо рассмотрѣнныхъ выше положительных признаковъ, выработанныхъ доктриной и практикой для лучшаго выясненія понятія должностного лица, встрѣчаются указанія еще на рядъ другихъ признаковъ, которые однако не имѣютъ существеннаго значенія и которые Вахингеръ называетъ отрицательными («negative Begriffsmerkmale»). Такъ не имѣетъ существеннаго значенія

¹⁾ Frank, Anm. II, Abs. 2 къ § 359; Рѣш. I, 153; XIV, 130; Rüdorff, Anm. 5 къ § 359; Oppenhoff, Anm. 4 къ § 359. Но такое разъясненіе, по мнѣнію Wachinger'a, не достаточно полно, такъ какъ несомнѣнно, что публичнымъ корпораціямъ приравняются также и отдѣльныя личности какъ напр. владѣльцы исключительныхъ имѣній (exempte Güter), (Рѣш. RG. VII, 210), а въ одномъ рѣшеніи (RG. XXIX, 188) понятие „Gemeinheit“ замѣнено болѣе общимъ понятіемъ „Mittelglied“. Но Binding'a не удовлетворяетъ приведенная формула даже съ этимъ послѣднимъ измѣненіемъ и поэтому онъ предпочитаетъ для опредѣленія такого посредствующаго члена терминъ „abgeleiteter Träger der Staatsgewalt“. Binding, LB. II, 302 zu Anm. 5. Простое наблюденіе со стороны государства еще не дѣлаетъ субъекта, находящагося подъ наблюденіемъ, посредствующимъ членомъ (Mittelglied), органически включеннымъ въ государственный строй или по терминологіи Binding'a, „abgeleiteter Träger der Staatsgewalt“. Binding, LB. II, 309. Rheinbaben, ук. соч. стр. 12, Anm. 5; Рѣш. RG. XXIX, 184.

²⁾ Binding, LB. II, 392 и сл.; Rheinbaben, ук. соч. стр. 23; Oppenhoff, Anm. 31—35; Wachinger, ук. соч. стр. 241.

самая форма опредѣленія на службу ¹⁾), поэтому возможно опредѣленіе на службу даже съ помощью конклюдентныхъ дѣйствій ²⁾; напр. принесеніе присяги или утверженіе могутъ служить основаніемъ для признанія человѣка принятымъ на службу ³⁾; нѣкоторые мѣстные законы устанавливаютъ особую форму опредѣленія на службу ⁴⁾, но если назначеніе на службу въ той или иной формѣ состоялось, то согласно опредѣленно выраженному въ § 359 положенію, совершенно безразлично, была принесена присяга или нѣтъ, хотя-бы принесеніе присяги и было обязательно ⁵⁾.

Не имѣетъ также значенія самый характеръ служебныхъ обязанностей. Нѣтъ такихъ обязанностей, которыя не могли бы дать содержаніе публичной должности или которыя были бы несоединимы съ публично-правовымъ служебнымъ отношеніемъ властвованія. Нельзя думать, что понятія должности и должностного лица должны быть непременно связаны съ выполненіемъ какихъ-либо функций верховенства (hoheitliche Funktionen); на должностное лицо могутъ быть возложены обязанности техническаго, хозяйственнаго или даже чисто механическаго характера; его дѣятельность можетъ имѣть самостоятельный, руководящій характеръ или только совѣщательный, она можетъ быть подготовительной или вспомогательной, можетъ быть высшей или низшей ⁶⁾.

¹⁾ Olshausen, Anm. 5 b zu § 359; Oppenhoff, Anm. 8 zu § 359; Binding, LR. II, 383.

²⁾ Pflm. RG. XXVI, 436; Rechtspr. V, 328.

³⁾ ERG. II, 189; IV, 214; XXIII, 405; XXIX, 230; Binding, LR. II, 389.

⁴⁾ ERG. XIV, 359; XIX, 180; XXII, 39.

⁵⁾ Wachinger, ук. соч. стр. 242.

⁶⁾ Olshausen, Anm. 4 zu § 359; Frank, Anm. III, 1 zu § 359; Hälschner, ук. соч. I, 404; Anm. 1; 407, Anm. 1; G. Meyer, ук. соч. Zorn, Das Staatsrecht d. Deut. Reichs, 2. Aufl. I, 294 (Beschränkung auf hoheitlichen Funktionen); Wachinger, ук. соч. стр. 242.

Съ другой стороны нѣтъ и такихъ служебныхъ обязанностей, которыя составляли бы исключительную принадлежность государственной службы за исключеніемъ только развѣ «hoheitliche Funktionen», которыя неразрывны съ понятіемъ государственной должности. Не имѣетъ также существеннаго значенія срокъ службы; § 359 опредѣленно указываетъ, что назначеніе можетъ быть «auf Lebenszeit oder auf Zeit» ¹⁾.

Въ виду опредѣленнаго смысла закона не имѣетъ также значенія окончательный или условный (vorläufig) характеръ назначенія, равнымъ образомъ и порядокъ оплаты труда; существуютъ должности безплатныя, съ вознагражденіемъ поденно, понедѣльно, помѣсячно, наконецъ, должности, при которыхъ вознагражденіе имѣетъ видъ ренты ²⁾.

Согласно съ господствующимъ взглядомъ для отношенія даннаго лица къ категоріи должностныхъ лицъ не имѣетъ рѣшающаго значенія подчиненіе его дисциплинарной власти государства, такъ какъ и при болѣ узкомъ толкованіи понятія должностного лица есть такія категоріи лицъ, на которыхъ простирается дисциплинарная власть государства, но которыя въ то же время не находятся съ государствомъ въ публично-правовомъ отношеніи властвованія, какъ напр. приватъ-доценты; если же стать на точку зрѣнія болѣ широкаго толкованія понятія должностного лица, то среди лицъ, отнесенныхъ этимъ толкованіемъ къ категоріи должностныхъ, встрѣтятся такія, которыя не подчинены дисциплинарной власти государства, какъ напр. органы полиціи на частныхъ

¹⁾ Olshausen, Anm. 7 zu § 359; Oppenhoff, Anm. zu § 359; Frank, Anm. III, zu § 359; Ent. V, 418; Laband, ук. соч. I, 407, Anm. I.

²⁾ Olshausen, 10 zu § 359; Frank, Anm. III, 5 zu 359; Hälschner, ук. соч. II, 1031; Laband, ук. соч. I, 406; Wachinger, ук. соч. 242—243.

желѣзныхъ дорогахъ ¹⁾). Вопреки этому господствующему взгляду, Вахингеръ находитъ, что въ Германіи не встрѣчается случаевъ такого публично-правового отношенія властвованія, на которое не простиралась-бы осуществляемая непосредственно или посредственно дисциплинарная власть государства ²⁾).

Наконецъ для уголовного суда не имѣетъ значенія, что какая-либо группа лицъ или отдѣльное лицо, на основаніи мѣстнаго законоположенія или случайно, но вопреки § 359 StGB. отнесено опредѣленно къ категоріи должностного лица или, напротивъ, исключена изъ этой категоріи; въ этомъ случаѣ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, имѣетъ-ли мѣсто въ данномъ случаѣ опредѣленіе на службу или нѣтъ? ³⁾).

Такими чертами германская доктрина и судебная практика опредѣляютъ понятіе должностного лица (Beamte), субъекта должностныхъ преступленій. Для лучшаго выясненія этого понятія слѣдуетъ остановиться еще на отдѣльных частныхъ случаяхъ, рѣшеніе которыхъ на почвѣ дѣйствующаго германскаго права представляетъ нѣкоторыя особенности:

а. Существуютъ предпріятія, въ которыхъ замѣшанъ общественный интересъ, но которыя обслуживаются исключительно свободнымъ частнымъ трудомъ и государство или совершенно устраняется отъ всякаго вмѣшательства или ограничивается въ крайнемъ случаѣ однимъ наблюденіемъ за его дѣятельностью, напр. баварскій союзъ для наблюденія за паровыми котлами, который обеспечи-

¹⁾ Binding, LB. II, 984, Anm. 5; 387, Anm. 3; Oppenhoff, Anm. 13 zu § 359.

²⁾ Hälschner, ук. соч. II, 1032, прим. I; Laband, ук. соч. I, 406; Wachinger, ук. соч. стр. 243.

³⁾ Binding, LB. II, 891; Olshausen, Anm. 7 zu § 359; Hälschner, ук. соч. 1032/3 Anm. 3; Ent.RG. XXXI, 293; Wachinger, ук. соч. стр. 243.

ваетъ своимъ членамъ техническій надзоръ за ихъ котлами; одно наблюденіе государства еще не превращаетъ эти частныя учрежденія въ учрежденія государственныя и не дѣлаетъ служащихъ этихъ учреждений должностными лицами ¹⁾). Тоже самое слѣдуетъ замѣтить и о служащихъ союзовъ для охраны животныхъ, частныхъ желѣзно-дорожныхъ обществъ ²⁾, и частныхъ землевладѣльцевъ.

б. Не признаются должностными лицами такъ наз. «Diener des Publikums», т. е. лица, доставляющія извѣстныя услуги обществу. Въ правильномъ отправленіи нѣкоторыхъ профессій государство бываетъ настолько заинтересовано, что считаетъ себя вынужденнымъ допускать къ отправленію ихъ только опредѣленныхъ лицъ или по крайней мѣрѣ указывать публикѣ тѣхъ лицъ, которыхъ оно считаетъ способными для отправленія занятій данной профессіи и заслуживающими довѣрія. Такъ поступаетъ государство по отношенію къ врачамъ, акушеркамъ, аптекарямъ, далѣе путемъ «öffentliche Anstellung und Vereidigung» (§ 36 RGO.) по отношенію къ землевладѣльцамъ, аукционистамъ, пробирерамъ, экспедиторамъ, вѣсовщикамъ, мѣрильщикамъ, браковщикамъ, надсмотрщикамъ и т. п. Всѣ эти лица занимаются своей профессіей въ интересахъ публики; они могутъ превратиться въ должностныхъ лицъ, если государство или какой-либо общественный союзъ (Gemeinde) признаютъ необходимымъ встать съ тѣмъ или другимъ изъ нихъ въ публично-правовое отношеніе властвованія ³⁾).

с. Само по себѣ довольно спорное положеніе нотариусовъ и повѣренныхъ опредѣленно разрѣшено въ положительномъ германскомъ правѣ путемъ отнесенія пер-

¹⁾ Ent.RG. XXIX, 184.

²⁾ Entsch.RG. I, 325; Wachinger, ук. соч. стр. 243—244.

³⁾ Oppenhoff, Anm. 45 zu § 359; Entsch.RG. LVIII, 37; XXIX, 189; XX, 70; Gold. Archiv. XL, 157; Binding, LB. II, 389, Anm. 2.

выхъ къ должностнымъ лицамъ, а вторыхъ къ носителямъ общественныхъ обязанностей: повѣренный, входящій въ составъ какого-либо учрежденія, въ качествѣ юрисконсульта (Syndikus), дѣлается должностнымъ лицомъ. Третьскаго судью законодатель также относитъ къ носителямъ общественныхъ обязанностей и даже къ органамъ правосудія; такой взглядъ на третейскаго судью, по замѣчанію Вахингера, стоитъ въ несоотвѣтствіи съ его современнымъ положеніемъ ¹⁾.

d. Изъ круга должностныхъ лицъ исключаются также тѣ, кто получаетъ отъ какого-либо учрежденія порученіе, имѣющее въ виду исключительно интересы отдѣльныхъ лицъ; таковыя напр. попечители конкурса, опекуны ²⁾.

e. Придворные чины не могутъ считаться должностными лицами, такъ какъ они служатъ монарху не какъ главѣ государства, а какъ частному лицу; только при совмѣщеніи придворнаго званія съ какой-либо государственной службой они дѣлаются должностными лицами ³⁾.

f. Лица духовнаго званія и должностныя лица церкви служатъ прежде всего церкви, которая съ точки зрѣнія германскаго государственнаго устройства не является государственнымъ учрежденіемъ; въ виду этого они не считаются ни должностными лицами, ни лицами, несущими государственную службу (Inhaber eines Staatsamts). Но спорнымъ представляется вопросъ, подходятъ ли

¹⁾ Laband, ук. соч. стр. I, 403; Katzenstein, Z. f. Str. R. W. Bd. 23, стр. 196; Oppenheim, Rechtsbengung, стр. 5 прим. 9; стр. 198 и слѣд.; Häischner, ук. соч. II, 1073; Binding, LB. II, 564; Olschhausen, Ann. zu § 334; Ann., 1 b zu § 336.

²⁾ Oppenheim, Ann. 38 zu § 359; Enschr. RG. XIX, 85.

³⁾ Olschhausen, Ann. 14 zu § 359; Binding, LB. II, 390 и слѣд.

дѣятельность, посвященная церкви, подъ понятіе общественной службы въ смыслѣ § 31 StGB. ¹⁾.

Спорно также, могутъ ли лица духовнаго званія и церковныя должностныя лица, въ виду лежащихъ на нихъ обязанностей по завѣдыванію церковнымъ имуществомъ, считаться должностными лицами въ смыслѣ § 359 StGB. R.G. разрѣшилъ этотъ вопросъ по отношенію къ Пруссіи и Баваріи въ утвердительномъ смыслѣ въ виду того, что по мѣстнымъ законамъ управленіе церковнымъ имуществомъ признается государственной задачей и церковныя общины въ отношеніи управленія имуществомъ разсматриваются, какъ публично-правовыя корпораціи ²⁾.

Не вызываютъ сомнѣній, напротивъ, тѣ случаи, когда духовныя лица привлекаются государствомъ для выполненія какихъ-либо духовныхъ или свѣтскихъ обязанностей и между ними и государствомъ устанавливается публично-правное отношеніе властвованія; когда напр. духовные назначаются преподавателями, школьными наблюдателями или въ какія-либо государственныя или общинныя учрежденія, въ военныя части; во всѣхъ такихъ случаяхъ должностной характеръ духовныхъ лицъ мало кѣмъ оспаривается ³⁾.

g. Члены парламента, представители общинъ, земскихъ собраній и т. п. дѣйствуютъ на основаніи при-

¹⁾ Olschhausen, Ann. 7 zu § 31; Binding, LB. II, 380, особ. прим. 2; Enschr. R. G. X, 199.

²⁾ Oppenheim, Ann. 28, 9 къ § 359.

³⁾ Meves, HH. III, 937; Oppenheim, Ann. 28 zu § 359. Особнякомъ стоитъ только мнѣніе Binding'a, который отрицаетъ должностной характеръ даже за тѣми церковными должностными лицами, которыхъ мѣстное законодательство опредѣленно относитъ къ должностнымъ лицамъ. Binding, LB. II, 378 и слѣд., особ. 379 Ann. 3 и 4. Wachinger признаетъ этотъ взглядъ далеко не безспорнымъ и указываетъ, что Binding не отрицаетъ должностнаго характера за придворными чинами, состоящими въ тоже время на государственной службѣ; ук. соч. стр. 247.

надлежащего имъ въ силу конституціи права, какъ представители населенія имперіи или данной мѣстности и потому, хотя ихъ дѣятельность посредственно или непосредственно направлена къ государственнымъ дѣламъ, единодушно исключаются изъ категорій должностныхъ лицъ ¹⁾).

h. Лица, отбывающія воинскую повинность, хотя и находятся къ государству въ публично-правовомъ отношеніи властвованія, тѣмъ не менѣе никакъ не причисляются къ должностнымъ лицамъ; ихъ служба поконится на всеобщей воинской повинности гражданъ. Напротивъ, гражданскіе чины военного вѣдомства (неимѣющие военныхъ чиновъ), равно какъ и военные чиновники (Militärbeamten) вполне подходятъ подъ понятіе должностного лица въ см. § 359; тоже самое слѣдуетъ сказать о «Berufsoffizieren» и «Kapitulanten». Спорнымъ представляется вопросъ объ офицерахъ запаса и ополченія (Reserve Landwehroffizieren). На основаніи § 145 M. Str.GB. солдаты, при порученіи имъ завѣдыванія какой либо отраслью въ управленіи военномъ или морскомъ, могутъ быть привлечены къ отвѣтственности по обвиненію въ должностныхъ преступленіяхъ ²⁾).

i. Многочисленные категоріи лицъ, несущихъ общественную службу (Inhaber von Aemtern) въ области судебной дѣятельности (шеффены, присяжные, засѣдатели

¹⁾ Oppenheim, Anm. 39 zu § 359; Hälschner, ук. соч. II, 1034; Binding, LB. II, 391, Ziff. IX; Rheinbaben, ук. соч. стр. 29 и слѣд.

²⁾ Olshausen, Anm. 1 и 8a zu § 359; Oppenheim, Anm. 49 zu § 359; Frank, Anm. II Abs. 1 zu § 359; R.M.G. V, 210; Laband, ук. соч. § 106 (4 Aufl. IV, 175); Binding, LB. II, 386; O. Mayer (Deut. Verwaltungsrecht, II, 214) напротивъ указываетъ, что они по меньшей мѣрѣ занимаютъ мѣсто должностныхъ лицъ. H. Schneider (Die rechtliche Natur des Offizierdienstes 1906 г.) — признаетъ должностными лицами всѣхъ офицеровъ. Emsch.RG. XXIII, 17 — признаетъ офицеровъ запаса должностными лицами. Должностными лицами признаются также Landgendarmen (Landjäger). Hälschner, ук. соч. II, 1031; Binding, LB. II, 386.

промысловыхъ, консульскихъ и колоніальныхъ судахъ) и въ области государственнаго и общественнаго управленія (члены раскладочныхъ комиссій, представители предпринимателей и рабочихъ въ учрежденіяхъ для обезпеченія инвалидовъ, избранные члены провинціальныхъ совѣтовъ, окружныхъ и уѣздныхъ комиссій и т. п.), хотя и несутъ свою службу въ силу требованій закона, тѣмъ не менѣе ихъ повинность отличается отъ общей воинской повинности тѣмъ, что вмѣсто непосредственнаго принужденія къ службѣ, здѣсь дѣйствуетъ только угроза невыгодными послѣдствіями за отказъ, такъ что исполненіе этихъ обязанностей имѣетъ характеръ добровольный ¹⁾).

Признаніе всѣхъ перечисленныхъ категорій лицъ должностными или наоборотъ зависитъ, по мнѣнію Вахингера, отъ самаго толкованія понятія должностного лица: при болѣе строгомъ толкованіи большинство ихъ не подойдетъ подъ это понятіе, напротивъ — при толкованіи болѣе широкомъ большая часть этихъ лицъ должна быть признана должностными. Гельшнеръ находитъ, что вопросъ долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи положительнаго права, такъ какъ невозможно установить какое-либо общее правило ²⁾).

k. Министры безусловно должны быть признаны должностными лицами; наравнѣ съ прочими должностными лицами они подчиняются общимъ правиламъ о должностныхъ преступленіяхъ ³⁾).

¹⁾ Binding не признаетъ эти категоріи лицъ должностными на томъ основаніи, что ихъ обязанности покоятся на требованіи закона, а не на особомъ соглашеніи (Rechtsgeschäft). но въ тоже время сенаторовъ г. Гамбурга Binding считаетъ должностными лицами, хотя отказъ отъ этого званія также не допустимъ. Binding, LB. II, 386 и сл.; Olshausen, Anm. 8a zu § 359; Frank, Anm. II Abs. 1 zu § 359.

²⁾ Hälschner, ук. соч. II, 1032; ср. Rheinbaben, ук. соч. 26 стр. и 29 стр. Wachinger, ук. соч. стр. 248.

³⁾ Wachinger, ук. соч. стр. 248—249.

Говоря о должностных лицах, какъ возможныхъ субъектахъ должностныхъ преступлений, законъ имѣетъ въ виду лишь германскихъ (inländische) должностныхъ лицъ; это заключеніе вытекаетъ изъ словъ § 358: «im Dienste des Reichs, oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats»¹⁾, но самое дѣяніе можетъ быть учинено и за предѣлами Германіи; отъ этого оно не перестаетъ быть преступнымъ и наказуемымъ²⁾.

Проектъ германскаго уложенія отстаетъ отъ системы дѣйствующаго права. По мнѣнію составителей проекта, связь наказуемости должностныхъ преступлений съ понятіемъ должностнаго лица и данное въ § 359 St.G.B. опредѣленіе должностнаго лица не предусматриваютъ въ качествѣ возможнаго виновника должностныхъ преступлений не должностныхъ лицъ (d. unbeamtete Amtsträger) и не соответствуютъ современному государственному строю и положенію современнаго государственнаго управления. Въ виду этого проектъ исключилъ опредѣленіе должностнаго лица (§ 359) и ограничился указаніемъ въ § 12, 3, что подъ должностнымъ лицомъ (Beamte) законъ понимаетъ лицо, призванное къ отиравленію публичной должности («zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen»), независимо отъ того, лежитъ-ли въ основѣ этого призванія актъ назначенія, законъ или какое иное законное основаніе³⁾.

¹⁾ Olshausen, Anm. 8 zu § 31; Anm. 2 Abs. III zu § 359; Binding LB. II, 373; Rüdorff, Anm. 4 zu § 359; Hälschner, ук. соч. II, 1035.

²⁾ Frank, Anm. III 2b zu § 4 и 5; см. Wachinger, ук. соч. стр. 234—235.

³⁾ См. Vorentwurf zu d. deut. Strafgesetzbuch, Begründung, Bes. Т. стр. 616. Кромѣ того дѣянія повѣренныхъ и вспомогат. органовъ суда, предусмотрѣнныя въ § 352 и 353, отнесены къ отдѣлу II: «Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Rechtspflege» (§§ 175 и 176); затѣмъ изъ отдѣла о должностныхъ преступленіяхъ исключены дѣянія, предусмотрѣнныя §§ 340—342, 347, такъ какъ они являются общими преступными дѣя-

Итальянское уложеніе, перечисляя возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступлений, указываетъ, кого оно считаетъ должностными лицами. Согласно art. 207 должностными лицами признаются:

1. Лица, облеченныя, хотя бы временно, публичными функціями (funzione), платными или бесплатными, по службѣ государственной, провинціальной или общинной¹⁾ или по службѣ учреждений, состоящихъ въ силу закона подъ охраной (tutela) государства или общины²⁾.

2. Нотаріусы;

3. Агенты публичной власти и должностныя лица, исполнительные судебные органы, состоящіе при судебномъ сословіи³⁾.

Къ должностнымъ лицамъ приравнены присяжные, третейскіе судьи, эксперты, переводчики и свидѣтели на то время, когда они призваны для выполненія своихъ обязанностей (art. 207), а въ силу art. 284 также лица, уполномоченныя къ составленію документовъ, за коими законъ признаетъ оффиціальное значеніе⁴⁾.

ными, отягченными должностнымъ положеніемъ виновника—Объ усиленіи отвѣтственности, при учиненіи преступнаго дѣянія должностнымъ лицомъ говорить особо § 210 Vorentwurf'a, по примѣру art. 44 голланд. улож. и art. 207 итальянскаго уложенія.

¹⁾ Выраженіе „на службѣ государственной“ и т. п. указываетъ на моментъ зависимости отъ государства и т. д. Crivellari, VI, 366; contra Cialfi, Dei pubblici ufficiali per gli effetti della legge penale secondo art. 207 del Codice penale (Rev. pen. XXXIII, стр. 134, 1891 г.).

²⁾ Таковы учрежденія благотворительныя, частныя желѣзно-дорожныя общества. Зак. говоритъ о „tutela“, почему одного надзора (vigilanza) со стороны государства, по мнѣнію судебной практики, недостаточно. Поэтому напр. служащій въ частномъ банкѣ не можетъ быть отнесенъ къ должностнымъ лицамъ.—Crivellari, IV, стр. 365, 390.

³⁾ Подъ агентами публичной власти подразумѣваются, по мнѣнію Cisotti (Suppl. alla Riv. pen., I, 340 и слѣд.), тѣ должностныя лица, которые призываются для насильственнаго пресѣченія и подавленія случаевъ сопротивленія государственной власти или закону.

⁴⁾ Для уразумѣнія art. 207 необходимо также обратить вниманіе на art. art. 180, 146, 187, 197 и 396, гдѣ говорится о посягательствахъ противъ должностныхъ лицъ.

Помимо выражения закона «на службѣ государства и т. д.», указывающаго, по господствующему взгляду, на отношеніе зависимости, возбуждаетъ недоразумѣніе также выраженіе «облеченіе публичными функціями». Сравненіе текста art. 207, 194 и 396 приводитъ къ установленію различія двухъ понятій—«funzione pubblica» съ одной стороны и «servizio pubblico»—съ другой. Согласно господствующему въ практикѣ воззрѣнію «funzione pubblica» имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда лицо является представителемъ государственной власти, т. е. когда оно призвано закономъ дѣйствовать по своей инициативѣ сообразно съ обстоятельствами, по своей инициативѣ принимать соотвѣтствующія мѣры, дабы фактически осуществить государственный законъ или имѣющее силу закона опредѣленіе (una disposizione avente forza di legge) ¹⁾.

Напротивъ, Импалломени понимаетъ «облеченіе публичными функціями», только какъ «законное порученіе принимать мѣры для удовлетворенія общественной потребности»; такъ что, по мнѣнію Импалломени, для состава разсматриваемаго понятія не требуется ни самостоятельнаго осуществленія государственной власти, ни дѣятельности распорядительной ²⁾, поэтому подъ понятіе должностного лица могутъ подойти секретари, счетчики и органы чисто исполнительные.

Что же касается «servizio pubblico», то подъ это понятіе подойдетъ:

1) служба, покоящаяся не на общихъ требованіяхъ закона, но на случайныхъ требованіяхъ общественной нужды (такова напр. служба вспомогательнаго персонала въ кабинетѣ министра, чистильщиковъ улицъ, ловцовъ собакъ и т. п.);

¹⁾ Crivellari, IV, 368; Cialfi, ук. соч. стр. 138, 141.

²⁾ Impalomeni—Supplem. alla Riv. pen. II, 342.—Il Codice pen. ital. illustrato, Vol. II, 285.

2) вспомогательная служба при учрежденіяхъ, какъ напр. курьеры, швейцары и т. п.

Такимъ образомъ признакъ, разграничивающій два понятія: «funzione pubblica» и «servizio pubblico», коренится въ самомъ характерѣ дѣятельности; установленіе этого различія, несомнѣнно, способствуетъ суженію круга возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій и освобожденію ряда служащихъ лицъ отъ особой отвѣтственности, установленной для должностныхъ лицъ ¹⁾.

¹⁾ Возбуждалъ сомнѣніе вопросъ о подведеніи подъ указанное понятіе должностного лица народныхъ представителей, духовныхъ и военныхъ. Въ литературѣ является господствующимъ взглядъ, что члены парламента не могутъ считаться должностными лицами въ смыслѣ уголовного законодательства. Въ подтвержденіе этого взгляда ссылаются не только на исторію возникновенія art. 207, но также и на то, что въ рядѣ ст. (art. 146, 187, 194) члены парламента указываются рядомъ съ должностными лицами. Кромѣ того для понятія должностного лица требуется, какъ это было указано выше, отношеніе зависимости и дѣятельности въ сферѣ исполнительной власти; оба эти условія отсутствуютъ въ положеніи членовъ парламента (Crivellari, VI, 375 и слѣд.). Вопреки указанному господствующему мнѣнію Bertolini (Riv. pen. XXXVII, стр. 329 и сл.) полагаетъ, что члены парламента вполне подходятъ подъ понятіе должностного лица и итальянская палата депутатовъ встала на эту точку зрѣнія въ 1893 г. въ дѣлѣ Zerbi, допустивъ возбужденіе преслѣдованія за взяточничество и должностное присвоеніе. Относительно членовъ общинныхъ совѣтовъ Tosatti (Riv. pen. XXXVII, стр. 526 и слѣд.), отрицающій за членами парламента значеніе должностного лица, держится противоположнаго взгляда на томъ основаніи, что при господствѣ въ государствѣ начала раздѣленія властей, палаты почти не принимаютъ никакого участія въ управленіи, между тѣмъ какъ община является лишь пространственно ограниченнымъ округомъ центральной власти и ея дѣятельность представляется въ полномъ смыслѣ дѣятельностью административной. Духовныя лица вообще не могутъ быть признаны должностными; господствующій въ литературѣ и практикѣ взглядъ дѣлаетъ исключеніе лишь для настоятелей приходовъ, какъ лицъ, ведущихъ списки родившихся и т. д., но противъ этого возражаетъ Azzolini (Supplem. alla Riv. pen. III, 301 и слѣд.; 321 и слѣд.), указывающій на то, что лица, составляющія документы, за исключеніемъ нотариусовъ, упомянуты особо въ art. 284. Къ должностнымъ лицамъ относится не только командующій составъ арміи, но даже и солдаты, какъ скоро они несутъ какія либо общественныя обязанности, напр. караульную службу или выступаютъ по требованію гражданскихъ властей. Crivellari причисляетъ ихъ къ агентамъ публичной власти (VI, 379); см. также Cialfi, ук. соч. стр. 148.

При обсужденіи проекта уложенія было замѣтно стремленіе въ качествѣ главнаго признака должностныхъ лицъ выставить «облеченіе общественными функціями», а не моментъ назначенія, но вслѣдствіе особаго упоминанія о присяжныхъ (art. 207, abs. II) оказалось, что слова «на службѣ государства и т. п.» пришлось понимать въ смыслѣ существованія въ положеніи должностнаго лица особыхъ отношеній зависимости¹⁾.

Для англійскаго права, опредѣленіе должностнаго лица даетъ (Стифенъ²⁾), признающій «public officer» тѣхъ, кто надѣленъ властью и обязанъ закономъ исполнять общественную обязанность; подъ это понятіе не подходятъ члены парламента, духовныя лица, армія и флотъ. Это же опредѣленіе было внесено Стифеномъ въ III т. X сар. 69 с. проекта уложенія 1878 г.; въ послѣдующихъ проектахъ это опредѣленіе отсутствовало. Данное Стифеномъ опредѣленіе обнимало всѣхъ носителей общественной власти, независимо отъ того, служить-ли онъ государству непосредственно или посредственно, призваны-ли они къ службѣ назначеніемъ, избраніемъ или требованіемъ закона, находятся они или нѣтъ въ особыхъ служебныхъ отношеніяхъ къ государству.

III.

Въ заключеніе разсмотрѣнія положительнаго права остановимся на отношеніи къ вопросу о субъектѣ должностнаго преступленія нашего отечественнаго законодательства.

Съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго законодательства различается служба государственная или служба по опредѣленію отъ правительства (т. III, ч. I, по изд.

¹⁾ Wachinger, ук. соч. стр. 277—282.

²⁾ III T. 11 Kap. 123 Art.

1896 г.) и «исполненіе обязанностей по государственному управленію»; «ближайшее изученіе III т. Св. Зак., замѣчаетъ Лазаревскій, показываетъ, что можно занимать должность по назначенію отъ правительства, не пользуясь въ тоже время правами государственной службы, и наконецъ, что можно вовсе не занимать никакой должности, но считаться на государственной службѣ и пользоваться всѣми, сопряженными съ государственной службой, правами»¹⁾.

Въ Россіи пользуются правами государственной службы, хотя и не занимаютъ никакой должности и вообще могутъ не нести никакихъ служебныхъ обязанностей, напр., лица, «причисленные» къ тому или другому учрежденію; наоборотъ, не пользуются правами государственной службы, хотя и несутъ должностныя обязанности, всѣ служащіе на должностяхъ коронной службы «по вольному найму», затѣмъ занимающіе нѣкоторыя коронныя должности, но почему либо признаваемыя менѣе почетными, (напр. по казенной продажѣ питей), и служащіе въ органахъ самоуправленія. Точно также не пользуются правами государственной службы всѣ тѣ, на кого падаетъ лишь временное исполненіе какихъ-либо функцій власти, напр. присяжные засѣдатели.

Такимъ образомъ, существуетъ несоотвѣтствіе между понятіями: «должности государственной службы» и «должности по государственному управленію»; лица, занимающія эти послѣднія, не считаются состоящими на государственной службѣ, напр. волостныя старшины, мѣщанскіе старосты; состоящими на государственной службѣ являются лишь первые—занимающіе должности государственной службы. Должностями государственной

¹⁾ Лазаревскій, Лекціи по русскому госуд. праву. т. II, ч. I, стр. 77.

службы признаются прежде всего всѣ штатныя или классныя должности, т. е. созданныя законодательными актами и при этомъ перечисленныя въ штатѣ даннаго учрежденія и положенныя закономъ въ тотъ или иной классъ; затѣмъ—нѣкоторыя должности управленія общественнаго, относительно которыхъ въ законѣ имѣется прямое постановленіе, предоставляющее имъ права государственной службы; таковы должности, замѣщаемыя по выборамъ отъ дворянства (Св. Зак. т. IX Зак. о сост. ст. 317), предсѣдатели и члены земскихъ управъ (Св. Зак. т. II Пол. о зем. учр. ст. 124) и городскіе головы, члены городскихъ управъ, а въ нѣкоторыхъ городахъ и городскіе секретари (Св. Зак. т. II, Город. Пол. ст. 121).

Нельзя сказать, чтобы лица, занимающія должности государственной службы, являлись всегда носителями власти, а лица, занимающія должности по государственному управленію никакой государственной власти не осуществляли: волостному старшинѣ, несомнѣнно, принадлежитъ извѣстная доля государственной власти и во всякомъ случаѣ большая, чѣмъ какому-либо департаментскому писцу, между тѣмъ какъ первый не занимаетъ должности государственной службы, а второй занимаетъ. Такое несоотвѣтствіе двухъ видовъ должностей и двухъ категорій служащихъ можетъ быть объяснено исторически. «Тѣ категоріи должностей, замѣчаетъ Лазаревскій, которыя имѣлись въ виду законами второй четверти XIX столѣтія, а равно тѣ должности, которыя по существу своему не отличаются отъ коронныхъ должностей того времени (напр. столоничальники въ министерствѣ торговли и промышленности, учрежденные въ 1896 г.) подошли подъ понятіе должностей государственной службы; что же касается должностей, которыя являются чѣмъ то принципиально новымъ, какъ напр. органы самоуправления, то онѣ оказались не вполне подходящими подъ старыя

рамки и старыя мѣрки и первоначально законъ рѣшительно отказывалъ имъ въ характерѣ должностей государственной службы, а если теперь за отдѣльными должностями этого рода права государственной службы и признаются, то не иначе, какъ на основаніи прямого о томъ спеціальнаго постановленія закона»¹⁾.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія нашего законодательства должностнымъ лицомъ—чиновникомъ является не только человекъ, занимающій должность государственной службы, но также и лицо, «служащее по опредѣленію отъ правительства», независимо отъ занятія какой либо должности. Наиболее характернымъ моментомъ для понятія чиновника наше право признаетъ, слѣдовательно, состояніе на государственной службѣ; свойство служебныхъ обязанностей и срокъ службы, условія вознагражденія не имѣютъ рѣшающаго значенія. Но относительно порядка преслѣдованія и условій отвѣтственности съ должностными лицами въ указанномъ смыслѣ нашъ законъ и судебная практика уравниваетъ много другихъ лицъ, отправляющихъ обязанности по службѣ государственной и общественной, вслѣдствіе чего фактически понятіе должностного лица значительно расширяется сравнительно съ тѣмъ понятіемъ, какое можетъ быть выведено изъ постановленій положительнаго законодательства.

Уложеніе о наказаніяхъ, чуждое вообще какихъ либо теоретическихъ опредѣленій, не знаетъ и опредѣленія должностного лица; мало того, оно не имѣетъ даже опредѣленнаго термина и пользуется наименованіями самыми разнообразными для опредѣленія виновниковъ должностныхъ преступленій; число этихъ наименованій достигаетъ нѣсколькихъ десятковъ. Наиболее часто для

¹⁾ Лазаревскій, ук. соч. стр. 80, пр. 1.

опредѣленія субъекта преступленія законъ говоритъ вообще о «виновномъ»; затѣмъ довольно часто законъ употребляетъ выраженіе «должностное лицо»; этотъ терминъ замѣняется и ставится иногда рядомъ съ выраженіемъ «чиновникъ» (ст. 338—340, 343); другими болѣе общими терминами, употребляемыми сравнительно рѣже, являются: «лицо, состоящее на службѣ государственной или общественной» (ст. 346, 372, 392), «вообще состоящее на службѣ» (ст. 354) и т. п. По системѣ, усвоенной уложеніемъ о наказаніяхъ изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, преступленія и проступки по службѣ государственной и общественной раздѣляются на два рода: одни изъ нихъ могутъ быть учиняемы всеми категоріями служащихъ (гл. 1—10 разд. V), другіе же—только отдѣльными группами. Для опредѣленія возможныхъ виновниковъ этого второго рода должностныхъ преступленій законодатель пользуется специальными наименованіями и говоритъ о желѣзно-дорожныхъ служащихъ (ст. 384²), чинахъ полиціи (430 и др.), землемѣрахъ (436, 438—441, 443, 444), чиновникахъ монетнаго двора (569—578), чиновникахъ и служителяхъ солянаго управленія (653—661), почтальонахъ (1107, 1108, 1120, 1132), маклерахъ (1300 и слѣд.), диспашерахъ (1330—1345) и друг.¹).

При выясненіи природы преступнаго дѣянія и характера виновника судебная практика исходила изъ объясненій, содержащихся въ 3-мъ раздѣлѣ III книги у. у. с. (изд. госуд. канц.), гдѣ, между прочимъ, было сказано, что устанавливая нѣкоторыя особенности въ порядкѣ производства уголовныхъ дѣлъ по преступленіямъ должностныхъ, законодатель имѣлъ въ виду исключительно орга-

¹) Въ отдѣлѣ «О преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ государственной и общественной» улож. о нак. встрѣчаются два случая возможной отвѣтственности юридическихъ лицъ, такъ ст.ст. 337 и 1078 говорятъ объ отвѣтственности мѣстъ и лицъ.

ны государственной власти, установленныя для охраненія силы законовъ и общественнаго порядка. Такими представителями власти, какъ это явствуетъ изъ помѣщенныхъ въ Св. Зак. уставовъ о гражданской службѣ и положеній о различнаго рода учрежденіяхъ какъ правительственныхъ, такъ и общественныхъ и сословныхъ, являются только тѣ власти и должностныя лица, которыя прямо въ этихъ уставахъ и учрежденіяхъ указаны, какъ власти и лица, дѣятельность которыхъ вращается въ сферѣ охраненія государственнаго и общественнаго порядка и управленія (О. С. ⁸⁰/26, ⁹⁸/24).

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія судебной практики должностнымъ лицомъ является, конечно, прежде всего лицо, которое въ качествѣ такового указано въ соотвѣствующемъ пунктѣ законодательства. Такъ напр. равнины и ихъ помощники признаются должностными лицами, такъ какъ въ ст. 1083 и 1084 и прим. I къ ст. 1086 т. XI объ управленіи духовныхъ дѣлъ евреевъ прямо указано, что въ должности эти назначаются евреи по общественнымъ выборамъ единовѣрцевъ и утверждаются въ нихъ губернскимъ начальствомъ. Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Сената въ качествѣ признака, обусловливающаго должностной характеръ лица, указывается утвержденіе даннаго лица извѣстнымъ установленнымъ въ законѣ порядкомъ (Опр. С. Пр. 16 ноября 1887 г. №№ 7787 и 7789, 24 мая 1893 г. № 4309), въ другихъ—одно назначеніе подлежащей властью, безъ послѣдующаго утвержденія (Опр. С. Пр. 27 февр. 1878 г. № 1827; 26 мая 1890 г. № 4800; 18 марта 1891 г. № 2907)¹).

¹) Но частное лицо, по добровольному соглашенію со стражей принявшее на себя обязанность покарать, арестанта, въ случаѣ побѣга послѣдняго, не можетъ быть привлекаемо къ отвѣтственности по 452 ст. ул. о нак. (Опр. С. Пр. 21 февр. 1874 г. № 1713).

леніи характера преступленія надлежитъ руководствоваться соображеніемъ о свойствѣ самаго дѣйствія (С. Пр. 16 сент. 1871 г. № 6654); дѣяніе лица не можетъ быть признано преступнымъ по должности исключительно лишь вслѣдствіе того, что лицо это состоитъ на государственной службѣ, но для признанія таковымъ необходимо, чтобы между означеннымъ дѣяніемъ его и условіями государственной службы существовала тѣсная связь, при которой дѣяніе вытекало бы изъ свойства государственной службы и составляло-бы нарушение ея обязанностей (О. С. ^{91/9}), и лицо, виновное въ преступныхъ дѣйствіяхъ, имѣющихъ характеръ дѣйствій по государственной или общественной службѣ, хотя-бы на службѣ и не состояло, приравнивается къ должностнымъ лицамъ. Лица, занимающія должности по найму, если они совершаютъ противозаконное дѣяніе, составляющее нарушение обязанностей по ихъ должности (^{76/97}), отвѣчаютъ, какъ должностныя лица; необходимо только, чтобы существовала та правительственная должность, отправляя которую по найму, лицо совершило противозаконное дѣяніе (О. С. ^{95/33}). Но при этомъ не имѣетъ значенія, могло ли нѣтъ по своимъ правамъ данное лицо быть принято на службу (^{82/40}). Такимъ образомъ, условіями отвѣтственности въ особомъ порядкѣ для лица вольнонаемнаго является: 1) нахожденіе лица при исполненіи обязанностей, отнесенныхъ закономъ къ предметамъ вѣдомства даннаго учрежденія; 2) совершеніе противозаконнаго дѣянія на почвѣ государственной службы, при исполненіи этихъ обязанностей (О. С. ^{95/33}, ^{906/10}). Опираясь на указанныя свойства дѣяній, практика признала возможными виновниками должностныхъ преступленій и, такимъ образомъ, приравниала къ должностнымъ лицамъ:

1) вольнонаемныхъ волостныхъ писарей (С. Пр. 24 мая 73 г. № 4350, к. р. ^{70/335}, ^{70/490}, ^{71/812}, ^{75/43},

^{75/108}, ^{76/18}), помощника волостного писаря (к. р. ^{76/135}), письмоводителей уѣзднаго исправника (С. Пр. 16 сент. 71 г. № 6654), станового пристава (к. р. ^{74/280}), воинскаго присутствія (С. Пр. 8 янв. 79 г. № 319), писаря исправительнаго арестантскаго отдѣленія (к. р. ^{73/554}), смотрителя сельской тюрьмы, хотя и неутвержденныхъ въ означенной должности (С. Пр. 15 ноября 1881 г. № 9161); писаря станичнаго правленія, хотя-бы исполняющаго эти обязанности временно или по найму (к. р. ^{98/14});

2) казаковъ, состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ и лишь временно прикомандированныхъ къ городской полиціи (С. П. 21 мая 92 г. № 4409), всадниковъ Карской милиціи (О. С. ^{97/3}), казачьи команды, несущія полицейскія службы въ инородческихъ степяхъ Ставропольской губ. (О. С. ^{97/23}), полицейскихъ приказныхъ въ землѣ войска Донскаго (С. Пр. 15 янв. 79 г. № 534), поселковыхъ атамановъ (С. Пр. 12 февр. 79 г. № 1455 и др.);

3) помощниковъ сельскихъ старостъ Закавказскаго края (О. С. ^{99/23}), должностныхъ лицъ калмыцкихъ кочевій (к. р. ^{75/30}, ^{76/30});

4) служащихъ на казенныхъ желѣзныхъ дорогахъ, независимо отъ того, пользуются они правами государственной службы или служатъ по вольному найму, такъ какъ и въ этомъ послѣднемъ случаѣ они являются представителями казеннаго управленія и хранителями казеннаго имущества (О. С. ^{904/5}; к. р. ^{906/10}, ^{902/18}); сцѣпщики вагоновъ и проводники поѣздовъ въ отношеніи къ начальнику станціи или его помощнику, исполняющимъ обязанности службы, находятся въ отношеніи подчиненнаго къ начальнику (к. р. ^{901/30});

5) начальниковъ станцій при жел. дор., даже въ періодъ испытаній (к. р. ^{69/500});

6) вольнопрактикующихъ врачей — при учиненіи дѣяній, относящихся къ ихъ профессиональной дѣятельности (С. Пр. 9 апр. 79 г. № 3021); вольнопрактикующихъ врачей, назначенныхъ въ установленномъ порядкѣ членами временныхъ санитарныхъ отрядовъ, по обвиненію ихъ въ преступныхъ дѣяніяхъ, учиненныхъ въ качествѣ членовъ этихъ отрядовъ (О. С. ⁹⁷/4);

7) духовныхъ лицъ нехристіанскихъ исповѣданій за нарушеніе ими служебныхъ обязанностей, не относящихся къ области духовныхъ дѣлъ (С. Пр. 16 ноября 87 г. № 7787 и 7789 и С. Пр. 17 окт. 94 г. № 7521), а также и раввиновъ—при учиненіи преступленій и проступковъ, совершенныхъ при исполненіи ими служебныхъ обязанностей, не относящихся до еврейской вѣры (С. Пр. 17 февр. 92 г. № 1486; 30 ноября 92 г. №№ 8945 и 8496 (8946?); 22 мая 92 г. № 4407; 24 мая 93 г. № 4309);

8) священно-служителей и духовныхъ лицъ христіанскихъ или иновѣрныхъ исповѣданій за неправильныя дѣйствія по веденію метрическихъ записей (к. р. ⁹³/9);

9) пожарныхъ старостъ и лѣсныхъ сторожей казенныхъ лѣсовъ, независимо отъ порядка назначенія (С. Пр. 28 окт. и 11 ноября 71 г. №№ 7922, 8344; к. р. ⁶⁸/838, ⁶⁹/169, ⁹⁷/22—29, ⁶⁹/175, ⁷¹/1431, ⁷²/288 ¹);

10) сельскихъ обывателей, назначенныхъ подлежащей законной властью сопровождать арестантовъ (С. Пр. 27 февр. 78 г. № 1827, 20 окт. 86 г. № 6524, 11 дек. 89 г. № 9713, 10 дек. 96 г. № 10516, 26 мая 90 г. № 4800, 18 марта 91 г. № 2907); солтысовъ, какъ органовъ мѣстной полиціи (к. р. ⁸⁸/13);

¹) Но лѣсные сторожа частныхъ лѣсовъ (⁷⁰/1640, ⁷⁶/73), а также удѣльных, станичныхъ и общественныхъ лѣсовъ (С. Пр. 19 ноября 84 г. № 8124, 18 янв. 88 г. № 448, 28 янв. 91 г. № 881, 20 марта 89 г. № 2571, 10 дек. 90 г. № 10507) не признаются должностными лицами.

11) уполномоченныхъ ярмарочнаго купечества (С. Пр. 1 дек. 86 г. № 7738);

12) присяжныхъ засѣдателей (О. С. ⁸⁰/27, ⁹⁰⁹/32);

13) сидѣльцевъ казенныхъ винныхъ лавокъ по зак. 1895 г. (О. С. ⁹⁰⁵/23);

14) членовъ судебныхъ мѣстъ (О. С. ⁷⁸/27);

15) нотариусовъ (к. р. ⁷²/1142 или 1146, по д. Левестамъ; ⁷⁴/264, ⁸⁶/5);

16) членовъ Госуд. Думы (О. С. ⁹¹²/16);

17) членовъ конкурсныхъ управленій (к. р. ⁷¹/35; О. С. ⁸⁶/26; С. П. 12 мая 1905 г. № 304);

18) офицеровъ добровольнаго флота (О. С. ⁹¹⁰/33);

19) надсмотрщиковъ винокуренныхъ заводовъ, хотя и служащихъ по найму, но въ виду порученной имъ охраны казенныхъ интересовъ (к. р. ⁶⁸/18);

20) лицъ, приглашенныхъ земскими управами для постоянныхъ занятій или для исполненія временныхъ порученій, за учиненныя ими преступныя дѣянія по службѣ (к. р. ⁷⁴/632, ⁹³/30 ¹);

21) лицъ, состоящихъ на службѣ въ частномъ банкѣ, которыя, хотя и не считаются на государственной службѣ, но за подлоги отвѣчаютъ по ст. 362 (⁷⁵/602); также бухгалтеры, хотя-бы они работали по вольному найму (ст. 1154, 1155) (⁹¹/7);

22) почтовыхъ ямщиковъ (⁹⁰⁶/13) ²).

Напротивъ, не признаются должностными лицами:

1) домохозяева—участники сельскаго схода (С. Пр. 21 окт. 82 г. № 8187);

¹) См. Таганцевъ, Улож. о нак. стр. 419 прим.—contra Волковъ, Улож. о нак. стр. 273.

²) См. В. П. Ширковъ. Объ отвѣтственности присяж. засѣдателей по угол. улож.—Жур. М-ва Юст. 1903 г. кн. 7 (сентябрь); Щипило, Субъекты неправосудія по угол. улож. (ст. 675). Ж. М. Ю. 1905 г. кн. 9 (ноябрь); Бардзкій, Объ отвѣтственности долж. лицъ судеб. вѣдомства вообще. а въ особенности нотариусовъ за нарушеніе устава о гербов. сборѣ. Ж. М. Ю. 1911 г. кн. 7 (сентябрь).

2) опекуны, въ случаяхъ совершенія ими какихъ либо преступныхъ по опекѣ дѣйствій (С. Пр. 12 мая 81 г. № 3563; О. С. ⁹⁰/11, ⁹⁰/20; к. р. ⁷⁰/1220, ⁷³/670 (671), ⁷⁴/71, ⁷⁴/303 (304), ⁷⁵/590);

3) выборные ремесленного сословія, незанимающіе должностей по сословному управленію (С. Пр. 20 марта 89 г. № 2565), или принявшіе на себя добровольно званіе участковыхъ попечителей (к. р. ⁶⁷/97);

4) члены еврейскихъ духовныхъ правленій, казначей и старосты еврейскихъ молитвенныхъ домовъ и члены божничаго надзора (О. С. ⁹⁸/24; С. Пр. 17 февр. 92 г. № 1485; 22 мая 92 г. № 4391; 91 г. 18 нояб. № 9410; 94 г. 12 дек. № 9347; к. р. ⁸⁸/8);

5) члены евангелическо-лютеранскаго церковнаго совѣта (к. р. ⁹²/38);

6) директора тюремныхъ комитетовъ и ихъ отдѣленій (С. Пр. 12 апр. 82 г. № 3037);

7) завѣдующіе земельными участками крестьянскаго поземельнаго банка (О. С. ⁹⁵/33);

8) лица, состоящіа на службѣ въ учрежденіяхъ мелкаго кредита (Св. зак. т. XI, ч. 2 разд. X, ст. 87 уст. кред., изд. 1903 г.);

9) церковные старосты (О. С. ⁸⁰/26);

10) священнослужители (к. р. ⁹³/15);

11) посредники третейскаго суда (О. С. ⁹⁵/27);

12) исполняющіе обязанности секретаря совѣта прис. повѣренныхъ (к. р. ⁹⁹/12);

13) оберъ-кондукторы жел. дор. (к. р. ⁶⁹/500), а равно служащіе на жел. дор. частныхъ, хотя-бы въ тоже время состояли на государственной службѣ (О. С. 91 г. № 9) или даже пользовались половиннымъ отъ казны содержаніемъ (к. р. ⁷⁷/95); также инженеры путей сообщенія, занимающіе должности на частныхъ желѣзныхъ дорогахъ (к. р. ⁷⁹/65, ⁶⁹/969; С. Пр. 91 г. дек. 9).

14) артельщики, командируемые биржевой артелью, въ силу договора ея съ дорогой на службу по казенной жел. дор. для исполненія обязанностей кассировъ и прихода-расходчиковъ (О. С. ⁹⁰⁹/41) или въ силу договора съ акцизнымъ вѣдомствомъ и въ силу постановленій объ артельныхъ товариществахъ (т. XI, ч. 2, Св. зак. изд. 1903 г.; уст. торг. ст. 79 и слѣд. О. С. ⁹¹⁰/27) или въ силу договора съ городскими или земскими учрежденіями (О. С. ⁹¹¹/25).

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія нашего законодательства и судебной практики возможными субъектами должностныхъ преступленій являются или специально указанные въ самомъ текстѣ закона должностныя лица, или лица, приравниваемыя должностнымъ, въ силу характера отправляемыхъ ими обязанностей ¹⁾.

На такой же точкѣ зрѣнія, какъ мы видѣли, первоначально стояла и Комиссія по составленію проекта новаго уголов. улож. ²⁾. Но затѣмъ Комиссіи пришлось отказаться отъ своего первоначальнаго плана и внести соответствующее опредѣленіе «служащаго» въ самый текстъ уложенія, которое съ нѣкоторыми измѣненіями вошло и въ окончательную редакцію закона; именно ст. 636, ч. 4 говоритъ: «служащимъ почитается всякое лицо, несущее обязанности или исполняющее временное порученіе по службѣ государственной или общественной, въ качествѣ должностнаго лица, или полицейскаго или иного стража или служителя или лица сельскаго или мѣщанскаго управленія».

¹⁾ См. опр. С. Пр. 17 окт. 1883 г. № 6491, признававшего должностной характеръ за лицомъ, исполнявшимъ обязанности сотскаго, безъ установленнаго назначенія. Впрочемъ, при сравненіи списка лицъ, относящихся къ должностнымъ, съ перечнемъ лицъ, которыхъ судебная практика должностными лицами не считаетъ, нетрудно усмотрѣть отсутствіе твердаго критерія, которымъ-бы она руководствовалась.

²⁾ См. выше, стр. 154—158.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія этого опредѣленія возможными виновниками должностныхъ преступлений являются, прежде всего, должностныя лица, затѣмъ полицейскіе и иные стражи, служители и служащія лица сельскаго и мѣщанскаго управленія. Терминомъ «должностное лицо» законъ имѣетъ въ виду обнять всѣхъ тѣхъ служащихъ, которые входятъ въ составъ правительственныхъ или общественныхъ установлений въ качествѣ представителей власти въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ дѣйствующее улож. о нак. въ ст.ст. 285 и 286, именуя ихъ «чиновниками». Второй же терминъ — «полицейскій или иной стражъ или служитель» — долженъ обнимать служащихъ низшаго порядка въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ уставъ о нак. въ ст. 31, именуя ихъ полицейскими или другими стражами, служителями судебныхъ и правительственныхъ мѣстъ, полевыми и лѣсными сторожами, должностными лицами волостного или станничаго и сельскаго или хуторскаго управленія (за исключеніемъ, однако, волостныхъ старшинъ и лицъ, занимающихъ соотвѣтственныя должности), желѣзнодорожными сторожами или другими агентами желѣзнодорожнаго управленія. Такимъ образомъ, терминъ «служащій» долженъ означать родовое понятіе, подъ которое подходятъ отдѣльныя категоріи возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступлений: должностныя лица, полицейскій или иной стражъ, служитель¹⁾. Но хотя этотъ терминъ и является достаточно широкимъ и потому охватываетъ значительную часть возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступлений, но все-таки не всѣхъ, и въ послѣдующихъ ст.ст. той же главы уложенія въ качествѣ субъектовъ преступныхъ дѣяній указываются присяжные засѣдатели, (ст. 658, 677—679), исполняющіе обязанности

¹⁾ См. Таганцевъ, Уголов. улож. 1903 г., стр. 966—970.

завѣдующаго военно-конскимъ участкомъ (ст. 684), третейскій судья (ст. 675)¹⁾. Слѣдовательно, лица, несущія обязанности или временное порученіе по службѣ государственной или общественной, но неподходящія ни подъ одинъ изъ видовъ, указанныхъ въ ст. 636, ч. 4 или въ послѣдующихъ ст.ст. уложенія, не могутъ быть признаны виновниками должностныхъ преступлений и подлежатъ отвѣтственности на общихъ основаніяхъ.

Но затѣмъ, кого изъ несущихъ обязанности или исполняющихъ временное порученіе по службѣ государственной или общественной уложеніе считаетъ должностными лицами, объ этомъ законъ умалчиваетъ и, такимъ образомъ, наиболѣе сложный вопросъ оставляетъ безъ отвѣта, предоставляя разрѣшать его судебной практикѣ.

IV.

Изъ разсмотрѣннаго нами матеріала положительнаго законодательства видно, насколько въ настоящее время выросъ кругъ возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступлений: наряду съ должностными лицами — чиновниками всѣ законодательства упоминаютъ обширный рядъ лицъ, являющихся возможными виновниками должностныхъ преступлений; таковы адвокаты, нотаріусы, присяжные засѣдатели, шеффены и т. д. Только въ силу присущихъ этимъ лицамъ особыхъ полномочій для нихъ являются доступными и посягательства на правовыя блага — объекты должностныхъ преступлений, и особый способъ посягательства. Въдѣ всякое посягательство, помимо общихъ условій вмѣненія, предполагаетъ въ виновникѣ, на данное благо посягающемъ, еще налич-

¹⁾ Ст. 675 говоритъ о судьяхъ, ст.ст. 672, 692 о нотаріусахъ, хотя они и подходятъ подъ понятіе должностныхъ лицъ.

ность известных особых физических, психических или юридических условий; напр. едва ли возможно представить себя в качестве физического виновника изнасилования женщину или импотента, или чтобы подлог документа был учинен неграмотным; равным образом для состава домашней кражи необходима наличность особых связей, соединяющих виновного с потерпевшим и т. д. Точно также необходимы особые условия в личности виновного, чтобы имело место должностное преступление; только при наличности этих особых условий у субъекта преступления становится возможным для него посягательство на некоторые правовые блага, также отличающиеся особыми свойствами, или дѣлается доступным особый способ посягательства.

Эти особые условия заключаются в обладании лицом особыми полномочиями или несении им особых обязанностей по службе государственной и общественной, в силу которых для него открывается доступ к посягательству на некоторые правовые блага; так напр. правосудие может быть учинено только лицом, обладающим судебными полномочиями, тайна почтовой корреспонденции может быть нарушена только почтово-телеграфными служащими, коим она по закону ввѣряется; виновником взяточничества может быть только тот, кто обязан бесплатно нести служебные функции и т. д.

Таким образом, можно сказать, что виновником должностных преступлений является всякое вмѣняемое лицо, которое в силу лежащих на нем особых публично-правовых полномочий находится к государственному, общественному и частным интересам в таком положении, которое дает ему возможность причинять им вред или ставить эти интересы в опасность ¹⁾.

¹⁾ Справ. Binding, LB. II/2, стр. 403: „Taugliches Subjekt des Amtsverbrechens ist prinzipiell nicht lediglich der Beamte, sondern gleich ihm jeder

Несомненно, что под это определение подойдут все те категории возможных виновников должностных преступлений, о которых говорят уголовные кодексы; подойдут под это определение и должностные лица, составляющие главный контингент среди этих виновников, в виду чего они и упоминаются законодателем в первую очередь. При этом в одних кодексах, как было сказано выше, законодатель довольствуется простым указанием на должностных лиц, как возможных виновников, не дѣлая попытки дать ближайшее определение этому понятию; иногда, напротив, как это имѣет место в германском, итальянском и русском уложениях, в самом законѣ дѣлаются некоторые указания для ближайшего выяснения этого понятия.

Но кого же слѣдует считать должностным лицом? Как мы видѣли, предѣлы этого понятия намѣчаются крайне разнообразно.

Наиболѣе простым способом разрѣшенія этого вопроса было-бы перенесение понятия должностного лица в готовом видѣ из той области права и законодательства, гдѣ это понятие возникло и сложилось ранѣе всего, т. е. публичного права, подобно тому как это дѣлает уголовное право с цѣлым рядом других понятий; напр. при конструировании имущественных по-

Amtsträger, der den gleichen Zugang zu jenen Rechtsgütern hat“. О возможности признавать виновником должностного преступления народного представителя, депутата см. совершенно справедливое замѣчаніе А. А. Жижилко (О безответственности народных представителей, 1909 г., стр. 44): „пока нѣтъ въ законѣ прямого указанія на то, что служащим приравниваются въ содѣяніи того или другого преступления депутаты, до тѣх пор примѣненіе соответствующих нормъ по аналогіи представляются весьма сомнительнымъ—настолько неоднородны и самыя функции и значеніе дѣятельности съ одной стороны народных представителей и служащихъ съ другой“. Такое прямое указаніе въ законѣ имѣется только въ art. 177 Cod. pén., гдѣ въ качествѣ возможнаго виновнаго упоминается лицо, обладающее „mandat électif“, (зак. 4 іюля 1889 г.). См. выше, стр. 185 и 207.

сягательствъ криминалистъ имѣть дѣло съ понятіемъ имущества, заимствованныхъ изъ права гражданскаго.

Къ сожалѣнію, указанный наиболѣе простой пріемъ въ данномъ случаѣ совершенно непримѣнимъ, прежде всего, въ виду отсутствія твердо установленнаго понятія должностного лица. Ученіе о государственной службѣ и связанное съ нимъ учение о государственной должности и должностномъ лицѣ до сихъ поръ являются въ государственномъ правѣ крайне сложными и неразработанными. Объяснить это отчасти можно тѣмъ обстоятельствомъ, что всѣ эти понятія тѣсно связаны со всѣмъ государственнымъ укладомъ и подвержены измѣненіямъ, въ зависимости отъ политическихъ и экономическихъ условій соціальной жизни и потому трудно поддаются теоретическимъ обобщеніямъ¹⁾. Разсмотрѣніе этихъ вопросовъ, въ большинствѣ случаевъ, стоитъ въ тѣсной связи съ постановленіями положительнаго права. Они, несомнѣнно, кладутъ свою печать на теоретическія конструкции, создаваемыя тѣмъ или другимъ авторомъ. Слѣды подобнаго вліянія замѣтны напр. на воззрѣніяхъ такого выдающагося государствовѣда, какъ Лабандъ, постоянно ссылающагося въ подтвержденіе своихъ взглядовъ на *Reichsbeamten-gesetz*. v. 31 März 1873 и его послѣдующія измѣненія²⁾.

¹⁾ Понятіе должностного лица поддается такъ трудно опредѣленію, что напр. Barthelemy считаетъ даже не возможнымъ найти характерный признакъ, который позволилъ бы точно опредѣлить это понятіе. и это, по его мнѣнію, объясняется крайнимъ разнообразіемъ должностей и тѣхъ условій, въ которыхъ онѣ находятся. Поэтому онъ рекомендуетъ ограничиться употребленіемъ этихъ терминовъ „въ смыслѣ общеупотребительномъ, безъ ясно очерченными границъ, а не въ научномъ значеніи, оправданія которому нельзя найти ни въ текстахъ закона, ни въ принципахъ права“. Barthelemy. *Traité d. droit administratif*. стр. 46. См. также Arndt, *Reichsstaatsrecht* 1901 г., стр. 683 и слѣд.; Parey, *Rechtsgrundsätze d. preuss. Oberverwaltungsgerichts*, III, 340.

²⁾ См. Laband, *Staatsrecht* I, стр. 431, 435, 436, 438 и др. Дюги, *Конституционное право*, рус. пер., стр. 620 и слѣд. Такой же характеръ по-

Мы не будемъ здѣсь останавливаться на множествѣ разнообразныхъ ученій по данному вопросу, а приведемъ лишь наиболѣе заслуживающія вниманія, отбрасывая при этомъ изложеніи все то, что не имѣетъ прямого отношенія къ интересующему насъ вопросу о томъ, кого слѣдуетъ признавать должностнымъ лицомъ?

По мнѣнію Лабанда, наиболѣе характернымъ для понятія чиновника является существованіе публично-правового служебнаго отношенія (*Dienstverhältniss*), возникающаго въ силу договора между государствомъ и служащими и являющагося по своему содержанію отношеніемъ властвованія (*Gewaltverhältniss*)¹⁾; служба чиновника отличается отъ повинности, лежащей на подданномъ, тѣмъ, что послѣдняя обязательна, а не зависитъ отъ свободнаго волеизъявленія служащаго, но отличается она и отъ обязанностей нанятаго государствомъ служащаго, который занимаетъ по отношенію къ государству положеніе равноправнаго контрагента. Должностное лицо обязывается по отношенію къ государству не только вѣрностью и послушаніемъ, но оно несетъ свою службу ради содѣйствія и осуществленія государственныхъ задачъ, ради общаго блага²⁾.

См. разсужденія Hälschner'a, НВ. II. § 302, 303, стр. 1028—1023 и Binding'a LB. II. стр. 381 и слѣд.

¹⁾ См. Laband, *Staatsrecht*, I, стр. 431, 433, 434, 438.

²⁾ Содержаніе служебныхъ обязанностей чиновника Laband характеризуетъ цитатой Pr. Allg. Landrecht T. II, Tit. 10, § 1: „Militär-und Civilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen“. Взгляды Лабанда въ значительной мѣрѣ раздѣляетъ Hälschner, несогласный лишь по вопросу объ юридической природѣ акта, создающаго служебное отношеніе между чиновниками и государствомъ; по мнѣнію Hälschner'a—это не договоръ, а односторонній актъ публичной власти. См. Hälschner, НВ. II, § 302, 1028—1023. Также Binding. LB. II/2, стр. 383.—„Das Entscheidende ist der Dienstgewaltverhältniss zum Reich oder einem Gliedstaate—die Begründung eines von Untertanenverband verschiedenen Gewaltverhältnisses, das den Gewaltunterworfenen verpflichtet, auf Verlangen des Staates zwi-

Но точка зрѣнія Лабанда на сущность понятія должностного лица подвергается оспариванію со стороны другихъ публицистовъ. Такъ Дюги считаетъ чиновниками—агентовъ, которые нормальнымъ и неизмѣннымъ образомъ, сообща трудятся надъ выполненіемъ миссін, признаваемой обязательной въ данный моментъ для государства, въ виду ея важности для коллективности ¹⁾. Въ содержаніи и характерѣ дѣятельности виднѣтъ отличительное свойство должностного лица и Экштейнъ, посвятившій этому вопросу особую работу ²⁾. Чиновникъ, въ его глазахъ, есть носитель государственнаго верховенства; содержаніе его дѣятельности, заключающейся въ осуществленіи государственныхъ верховныхъ правъ, дѣлаетъ чиновника—чиновникомъ. Но это еще недостаточно для полнаго опредѣленія понятія должностного лица. Осуществленіе верховныхъ правъ государства должно быть дѣйствованіемъ (Handeln) по собственной инициативѣ; государственная власть должна быть передана чиновнику для самостоятельнаго осуществленія. Не чиновникъ дѣйствуетъ для государства, но государство функционируетъ посредствомъ чиновниковъ. Но функционированіе государства состоитъ только въ авторитативномъ моментѣ. Государство есть воплощеніе мощи (Macht); то, что оно передаетъ чиновнику, есть полномочіе (Ermächtigung); все

schen beiden vereinbarte Teile seiner Gewalt auszuüben oder ihm anderweite Dienste zu leisten“. Но онъ, какъ и Hälschner, расходится съ Laband'омъ въ обрисовкѣ юридической природы акта, устанавливающего служебное отношеніе.

¹⁾ Дюги. Конституціонное право, рус. пер. Яценко и др. стр. 395: Несомнѣнно, что это опредѣленіе страдаетъ излишней общностью, подъ него подойдутъ не только чиновники, но вообще всѣ лица, обладающіе какими либо служебными полномочіями; это опредѣленіе годно не для понятія „Beamte“, а для понятія „Inhaber des Amtes“. Необходимо внесеніе въ него еще нѣкотораго ограничивающаго признака.

²⁾ См. Arch. d. öffentlich. Rechts XXXVII, 4—Der Beamtenbegriff in dem privaten u. öffentlichen Recht.

прочее, какъ-то: извѣстная интеллигентность, одушевляющая государственную силу, извѣстные механическіе приемы, требуемые для реальной дѣятельности,—чиновникъ привноситъ уже изъ своей личности. То, что дѣлаетъ работу чиновника именно чиновничьей, должностной дѣятельностью, это именно авторитативный моментъ, дѣятельность правительственная, по управленію въ широкомъ смыслѣ, приказы, распоряженія. Такимъ образомъ, чиновникомъ является авторитативный носитель государственной власти въ предѣлахъ своей должности ¹⁾. Кромѣ указанныхъ признаковъ въ литературѣ выдвигались еще другія отличительныя черты должностного положенія, какъ то: полученіе вознагражденія (въ болѣе старой литературѣ этому признаку придавалось рѣшающее значеніе), длительный характеръ службы ²⁾, но въ настоящее время они не признаются рѣшающими ³⁾.

По нашему мнѣнію, признакъ, выдвинутый Лабандомъ, можетъ быть признанъ лишь вторичнымъ, добавочнымъ; отличительную особенность положенія должностного лица слѣдуетъ искать скорѣе въ характерѣ и содержаніи его дѣятельности. Опредѣлить точно эти свойства дѣятельности представляется едва-ли возможнымъ ⁴⁾, въ виду ихъ измѣнчивости въ зависимости отъ

¹⁾ См. ук. соч. стр. 496—505.

²⁾ Zachariä, Staatsrecht, II, § 133, 134; v. Gerber, Grundzüge, стр. 109; Schulze, Preuss. Staatsrecht, I, стр. 317; v. Rheinbaben, Preuss. Disziplinargesetze, 1904, стр. 29.

³⁾ См. Laband, ук. соч. стр. 435; Hälschner, НВ. II, § 302; Impallomeni-Suppl. del. Rivista, XVIII, стр. 341 и слѣд. Giampietro, Suppl. alla Rivista pen. 19, стр. 24 и слѣд.

⁴⁾ Въ этомъ ошибка Eckstein'a, который, слѣдуя за Iellineck'омъ, видитъ въ авторитативномъ моментѣ отличительный признакъ дѣятельности чиновника. По мнѣнію Iellineck'a: „Nur die befehlende, ordnende, leitende Tätigkeit in der Behörde und der Anstalt ist staatlicher Art. Wissenschaftliche, künstlerische, technische Verrichtungen bleiben Aktionen der Individuen die

господствующих въ данный моментъ условій; жизнь всегда можетъ поставить передъ государствомъ опредѣленные требованія, удовлетвореніе которыхъ явится для государства обязательнымъ, и органы, созданные специально для осуществленія этихъ требованій, могутъ быть признаны со стороны законодателя должностными ¹⁾. Это признание со стороны законодателя извѣстныхъ органовъ — должностными, установление, слѣдовательно, между ними и государствомъ особенныхъ служебныхъ отношеній явится внѣшнимъ доказательствомъ того, что осуществляемая ими дѣятельность служить достиженію поставленныхъ государствомъ цѣлей, что государство придаетъ ей столь важное значеніе, что выдѣляетъ эти органы въ особую группу изъ другихъ служащихъ.

Такимъ образомъ, должностнымъ лицомъ — чиновникомъ является тотъ, кого таковымъ признаетъ законодатель; законодатель же признаетъ таковыми тѣхъ изъ служащихъ, которые преслѣдуютъ цѣли, признаваемые государствомъ въ данный моментъ за свои собственные

vom Staate zwar angeordnet, aber nicht vollzogen werden können. Nur dass, nicht wie sie stattfinden, ist staatliches Werk“. См. System, d. subj. Rechte. стр. 224. Но развѣ можетъ государство въ своей дѣятельности обойтись безъ дѣятельности отдѣльныхъ инвалидов? Ср. Laband, ук. соч. стр. 436, пр. 1.

¹⁾ Laband, отрицая за родомъ дѣятельности рѣшающее значеніе, въ сущности подтверждаетъ выраженную въ текстѣ мысль, онъ говоритъ: „Die Art der Dienste ist nicht entscheidend; dieselbe Dienste, welche fest angestellte Beamte leisten, kann der Staat in anderen Fällen durch einem Arbeitsvertrag sich verschaffen; ук. соч. стр. 432, прим. 1. Но если государство можетъ чиновничьи обязанности поручить служащимъ по вольному найму, то оно можетъ поступить и обратно, превративъ служащихъ по вольному найму въ чиновниковъ. „Auch die Boten, Heizer, Portiers und Kastellane in den Dienstgebäuden des Staates sind Staatsbeamte, wenngleich sie als Unterbeamte „eine besondere Klasse binden“, wofern sie nur „angestellt sind, d. h. nicht in einem privatrechtlichen Mietverhältniss zum Fiskus stehen“ — замѣчаетъ въ другомъ мѣстѣ Laband, ук. соч. стр. 436. Также Binding: „Dieselben staatlichen Geschäfte können in dem einen Staate durch Beamte, in andern durch Träger eines

цѣли. Едва-ли можно, съ надеждой на успѣхъ, идти дальше въ отысканіи отличительныхъ свойствъ чиновника ¹⁾.

Такой взглядъ на должностное лицо вполне соответствуетъ тѣмъ основаніямъ, въ силу которыхъ законодательство считаетъ нужнымъ выдѣлять должностныя преступленія въ особую группу, устанавливаетъ для нихъ особый порядокъ преслѣдованія и отвѣтственности. Мы думаемъ, что особое положеніе, занимаемое этой группой преступныхъ дѣяній, можетъ быть объяснено тѣмъ особо гибельнымъ вліяніемъ, которое они оказываютъ на задачи государственнаго управленія, а вмѣстѣ съ тѣмъ на интересы общества и частныхъ лицъ. Должностныя преступленія болѣе, чѣмъ какія-либо другія правонарушенія подрываютъ авторитетъ закона и колеблютъ прочность правового порядка, какъ исходящія отъ лицъ, облеченныхъ особымъ довѣріемъ со стороны государства и обязанныхъ по отношенію къ нему особой вѣрностью.

Въ заключеніе нужно остановиться на вопросѣ о томъ, слѣдуетъ ли указывать въ самомъ текстѣ уголовного закона характерныя особенности должностнаго лица, по примѣру § 359 герм. угол. улож. или нѣтъ?

Мы думаемъ, что отвѣтъ въ данномъ случаѣ дол-

öffentlichen Amtes ohne Beamtencharakter, in dem dritten durch gesetzlich berufene Bürger, in dem vierten endlich durch Kräfte besorgt werden, die sich der Staat durch Dienstmiete gesichert hat.“ LB. II/2, стр. 385—386.

¹⁾ Выставляемые далѣ признаки должностной дѣятельности — ея властность, (Zorn. I, стр. 294 и сл.), болѣе высокій родъ, ея наконецъ профессиональный характеръ (Heffter, Beiträge zum deut. Staatsrecht, стр. 106; Perthes, Der Staatsdienst in Preussen (Hamburg 1838 г.), стр. 44; Gerber, ук. соч. § 36; L. Stein, Verwaltungslehre, I, 1, стр. 207; Schulze, Preus. Staatsrecht, I, стр. 315, 323; Deut. Staatsrecht, стр. 317 — не составляютъ ея „essentialia“ и дѣятельность можетъ дать примѣры прямо противоположныя. См. Laband, ук. соч. стр. 437—438. Hälschner, HB. II, стр. 1029. Binding, HB. II/2, стр. 385. Cialfi — Riv. pen. vol. XXXIII, стр. 134 и сл.

женъ быть отрицательный и что уголовному законодателью слѣдуетъ придерживаться той системы, которая усвоена большинствомъ современныхъ кодексовъ, съ допущеніемъ разбѣ, по примѣру итальянскаго уложенія, въ одной статьѣ общаго перечня всѣхъ возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій. Основанія, по которымъ мы приходимъ къ такому выводу, заключаются въ отмѣченныхъ выше затрудненіяхъ, связанныхъ съ опредѣленіемъ этого понятія. Если дать опредѣленіе должностныхъ лицъ не рѣшаются публицисты, то слѣдуетъ воздержаться отъ этого и криминалистамъ, тѣмъ болѣе, что опыты, сдѣланные въ этой области, не могутъ быть признаны удачными ¹⁾).

Въ самомъ дѣлѣ, что можетъ уяснить опредѣленіе, внесенное въ § 359 StGB. Изъ всѣхъ признаковъ, перечисленныхъ въ этомъ §, болѣе или менѣе положительное значеніе имѣетъ только признакъ назначенія на государственную службу; всѣ остальные признаки: срокъ службы, присяга, какъ видно изъ самаго текста § 359, существеннаго значенія неимѣютъ; но и указанный положительный признакъ, имѣющій при томъ чисто формальное значеніе, мало помогаетъ уясненію дѣла. Приведенное въ § 359 StGB. опредѣленіе говоритъ только, что не всякое служащее государству лицо является чиновникомъ; таковыми, по выраженію § 359, являются: «alle im Dienste des Reiches oder... eines Bundesstaats

¹⁾ Проф. В. В. Есиповъ высказывается какъ противъ перечисленія въ текстѣ закона возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій, такъ и противъ внесенія въ текстъ закона общаго опредѣленія понятія должностнаго лица. „Жизнь государства и общества,—замѣчаетъ онъ,— настолько подвижна, что нельзя перечислить въ различныхъ статьяхъ закона, на каждый отдѣльный случай, всѣхъ должностныхъ лицъ, какъ возможныхъ субъектовъ превышенія и бездѣйствія власти. Тѣмъ болѣе это трудно сдѣлать въ одной общей опредѣлительной статьѣ, не говоря уже о неумѣстности подобныхъ опредѣленій въ законѣ“. См. Превышеніе и бездѣйствіе власти по русскому праву; 1892 г. стр. 48.

angestellten Personen», т. е. чиновникъ, въ отличіе отъ всякаго другого служащаго государству, долженъ быть назначенъ (angestellt); но вѣдь опредѣляется на службу и обыкновенный служащій государству; въ отличіе отъ этого опредѣленія назначеніе чиновника на службу государству должно быть понимаемо въ спеціальномъ, болѣе узкомъ смыслѣ назначенія, именно, какъ чиновника. Такимъ образомъ, чиновниками должны считаться лица, назначенныя на службу государства, какъ чиновники ¹⁾). Не трудно понять, что такое опредѣленіе не особенно содержательно.

При составленіи уголовного уложенія, какъ извѣстно, также возникалъ вопросъ о внесеніи въ текстъ уложенія соотвѣтствующаго опредѣленія. Въ результатѣ выраженныхъ нѣкоторыми чинами судебного вѣдомства пожеланій ввести, во избѣжаніе недоразумѣній, въ законъ поясненіе термина «служащій» ²⁾ появилась 4 ч. 636 ст., указывающая, кого изъ несущихъ обязанности или временное порученіе законъ считаетъ возможнымъ виновникомъ преступныхъ дѣяній, перечисленныхъ въ XXXVII гл.? Но едва-ли это поясненіе въ значительной мѣрѣ удовлетворитъ судебныхъ дѣятелей: если отпадутъ сомнѣнія относительно полицейскаго или иного стража, служителя и служащихъ лицъ сельскаго и мѣщанскаго управленія, то сомнѣніе въ томъ, считать или не считать того или иного служащаго должностнымъ лицомъ, останутся въ силѣ; въ этомъ отношеніи текстъ уголовного закона не поможетъ и судебной практикѣ по прежнему придется признавать должностными лицами только тѣхъ, кого опредѣленно такъ именуетъ законодатель или, въ случаѣ молчанія закона, кто по характеру своихъ обязанностей

¹⁾ Ср. Eckstein, ук. соч. стр. 490—491.

²⁾ См. Объясн. Зап. т. VIII, стр. 18.

подходить подъ это понятіе. Такой исходъ намъ представляется, въ виду сложности понятія должностного лица, наиболѣе приемлемымъ: этотъ приемъ, какъ мы видѣли, рекомендуется мотивами къ норвежскому уголовному уложенію ¹⁾, а также и проектомъ германскаго уложенія.

V.

Изученіе природы должностныхъ преступленій показываетъ, что учиненіе ихъ доступно не всѣмъ. Въ этомъ отношеніи должностныя преступленія не представляютъ какого либо особо исключительнаго явленія, ибо существуетъ рядъ обстоятельствъ, физическихъ и юридическихъ, въ силу которыхъ извѣстныя категоріи преступныхъ дѣяній не могутъ быть непосредственно учиняемы всѣми.

Очевидно, что, если непосредственное учиненіе нѣкоторыхъ категорій преступныхъ дѣяній доступно лишь

¹⁾ Ср. также Zerboglio въ Trattato di diritto penale, т. III, стр. 237. Сходную точку зрѣнія, правда, въ отношеніи къ другому предмету защищалъ А. А. Жижиленко: „Уголовное законодательство, замѣчаетъ онъ,—защищая своими опредѣленіями тотъ или другой юридическій институтъ, исходитъ обыкновенно изъ предположенія о томъ, что другія области права даютъ готовое опредѣленіе этого института. Оно не призвано строить и давать подобныя опредѣленія, и если опредѣленія даннаго понятія нѣтъ въ другихъ областяхъ законодательства, то эти задачи конструирования его должны быть предоставлены доктринѣ, которой и безъ того приходится постоянно создавать опредѣленія разныхъ понятій только намѣченныхъ и слегка затронутыхъ въ уголовномъ кодексѣ. Стоитъ только вспомнить такія опредѣленія, какъ опредѣленіе оружія при вопросѣ о кражѣ, опредѣленіе легкости или тяжести тѣлесныхъ поврежденій и т. п., не говоря уже объ опредѣленіи такихъ понятій, какъ покушеніе и умыселъ и т. п. Однако желать при этомъ введенія выработаннаго доктриной опредѣленія (понятія документа) въ уголовный кодексъ едва ли основательно. Всякое чрезвычайъ обобщенное опредѣленіе въ законѣ, которое имѣетъ обязательную силу для его примѣнителей, можетъ повести къ цѣлому ряду недоразумѣній и чѣмъ меньше будетъ такихъ общихъ опредѣленій въ уголовномъ законодательствѣ тѣмъ будетъ лучше“. (Жижиленко, Подлогъ документовъ, стр. 537—538).

лицамъ, обладающимъ извѣстными юридическими условіями, то и соучастіе въ такихъ преступныхъ дѣяніяхъ мыслимо прежде всего для лицъ, такими условіями обладающихъ: кто можетъ непосредственно учинить преступное дѣяніе, тотъ, конечно, можетъ и содѣйствовать его учиненію. Это положеніе ясно само по себѣ и не нуждается въ доказательствахъ.

Но возбуждаетъ большія сомнѣнія и требуетъ разрѣшенія другой вопросъ: если извѣстная группа преступныхъ дѣяній можетъ быть учинена непосредственно только опредѣленной категоріей виновниковъ, то могутъ ли другія лица, къ этой категоріи не принадлежащія, быть соучастниками въ этихъ особыхъ преступныхъ дѣяніяхъ?

Мы, не имѣемъ въ виду рѣшать его во всей полнотѣ и въ дальнѣйшемъ изложеніи рассмотримъ только болѣе частный вопросъ объ участіи частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ и мѣрѣ ихъ отвѣтственности.

Вопросъ этотъ имѣетъ весьма важное значеніе. Вполнѣ правъ Берольцгеймеръ, который замѣчаетъ, что случаи, въ которыхъ подстрекателю для воспроизведенія преступнаго результата не хватаетъ необходимыхъ свойствъ, должны быть разсматриваемы, какъ нормальные случаи подстрекательства, такъ какъ именно въ этихъ случаяхъ подстрекатель долженъ испытывать надобность въ средствахъ для осуществленія задуманнаго имъ преступленія ¹⁾. Специально въ области подлоговъ это явленіе было отмѣчено И. Г. Щегловитовымъ: «большинство должностныхъ подлоговъ не обходится безъ участія частныхъ лицъ, ради которыхъ они обыкновенно и совершаются. Безнаказанность, которую зачастую проводятъ по отношенію къ частнымъ лицамъ, несправедлива не

¹⁾ См. Berolzheimer. Die akzessorische Natur der Teilnahme, стр. 30.

только съ точки зрѣнія общественной совѣсти, но и съ точки зрѣнія нашего дѣйствующаго уголовного закона»¹⁾.

Важность значенія даннаго вопроса и необходимость разрѣшенія его въ положительномъ смыслѣ ярко и образно были очерчены А. Θ. Кони въ его заключеніи по дѣлу о злоупотребленіяхъ въ Таганрогской таможнѣ (касс. рѣш. 1885 г. № 28). «Присяжные засѣдатели, говорилъ онъ, признали купца Вальяно виновнымъ въ томъ, что онъ вошелъ въ соглашеніе съ чиновникомъ, который, для доставленія ему выгоды на счетъ казны, включилъ въ отвѣтный листокъ заведомо ложныя цифры, и Вальяно это ложное увѣрненіе скрѣпилъ своей подписью. Чиновникъ, который согласился, по мнѣнію жалобщика, — наказуемъ, купецъ, который согласился, — ненаказуемъ по тому, что одинъ служить казнѣ, а другой обогащается на счетъ казны. Но казна, такимъ образомъ, становится похожей на обширную и чрезвычайно дурно обороняемую крѣпость. Ее можно защищать только, если всѣ сторожевыя посты, охраняющіе входы, будутъ исправны и бдительны. Иначе она доступна внѣшнему врагу. Эти посты — чиновники. Но между ними есть слабые духомъ, есть «рабы лѣнныя и лукавыя», которые въ свою очередь беззащитны относительно льстивыхъ склоненій и заманчивыхъ соглашеній. Они сдаютъ свои посты непріятелю. Что же дѣлать? Крѣпость беззащитна, охрана предастъ. Можно карать эту охрану, говорить кассаторъ. Конечно, — можно, но развѣ это все? А непріятель, согласившій эту охрану на измѣну своему долгу, — онъ остается внѣ отвѣта, онъ ничѣмъ лично не рискуетъ, пид побѣдоносно учинять «потокъ и разграбленіе» казны? Можно ли примириться съ этимъ отвѣтомъ, когда казна, этотъ

¹⁾ И. Щегловитовъ. Отвѣтственность частныхъ лицъ за участіе въ служебномъ подлогѣ. Юрид. Вѣст. 1890 г. т. VI, кн. 2, стр. 276.

колоссъ, собранный по крупинкамъ, есть достояніе цѣлаго народа, есть плодъ его труда, его лишеній, есть жизненный нервъ для внутреннихъ преобразованій, для выхода изъ внѣшнихъ затрудненій».

Положительныя законодательства не содержатъ прямыхъ опредѣленій по данному вопросу¹⁾; въ виду этого судебная практика для его рѣшенія обращается или къ общимъ постановленіямъ о соучастіи, или къ специальнымъ постановленіямъ о вліяніи на отвѣтственность соучастниковъ особыхъ обстоятельствъ.

Наиболѣе послѣдовательно и прямолинейно данный вопросъ рѣшается французской судебной практикой. Изъ положенія art. 59 *cod. pénal*, въ силу коего соучастники облагаются тѣмъ же наказаніемъ, что и главные виновники, практика выводитъ слѣдующія положенія: 1) отрицательное, — что обстоятельства, касающіяся личности одного соучастника, должны оставаться безъ вліянія на отвѣтственность всѣхъ остальныхъ; наказуемость соучастника зависитъ исключительно отъ наказуемости главнаго виновника, и только отъ нея, 2) положительное, — что обстоятельства, касающіяся личности главнаго виновника, будь то «*circonstances aggravantes*» или «*circonstances constitutives*», оказываютъ вліяніе и на отвѣтственность соучастниковъ, за исключеніемъ развѣ отягчающихъ обстоятельствъ, имѣющихъ чисто личный характеръ²⁾.

¹⁾ Только въ прусскомъ уголовномъ уложеніи содержалось опредѣленное указаніе, что общія правила о соучастіи имѣютъ примѣненіе и къ должностнымъ преступленіямъ (§ 331 *St.GB.*).

²⁾ См. Garraud, *Traité*, II, n. 280: «Les éléments constitutifs, c'est-à-dire les circonstances sans lesquelles le délit cesserait d'exister ou se transformerait en un délit d'un autre genre, sont nécessairement communs à tous les délinquants, lorsqu'ils ont agi de concert; car c'est à tel délit déterminé que tous ont entendu participer».

Возраженія противъ установившейся практики см. у F. Helie, *Théorie du cod. pén.* t. I, n. 209. См. также Birkmeyer—*Teilnahme am*

Въ германскомъ уложеніи § 50 говоритъ только объ обстоятельствахъ, увеличивающихъ или смягчающихъ наказуемость соучастниковъ, но не устанавливающихъ ее, поэтому практика при рѣшеніи интересующаго насъ вопроса на него не опирается, она имѣетъ въ виду лишь §§ 47—49, опредѣляющіе отвѣтственность соучастниковъ. Съ точки зрѣнія этихъ параграфовъ нѣтъ препятствій для признанія ствѣтственными въ качествѣ соучастниковъ лицъ, которыя не обладаютъ всѣми условіями, требуемыми для виновника, и потому практика на вопросъ о допустимости участія частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ отвѣчаетъ утвердительно¹⁾.

Наше положительное законодательство, за исключеніемъ ст. 51 уголовнаго уложенія, не содержитъ никакихъ опредѣленій по данному вопросу. Ст. 51 улож. говоритъ, что «особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость кого-либо изъ соучастниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ». Въ виду этого, всѣ соучастники, не находящіеся въ такихъ условіяхъ, отъ которыхъ зависитъ преступность дѣянія, не могутъ быть признаны отвѣтственными за это послѣднее, слѣдовательно, и частное лицо не можетъ быть признано отвѣтственнымъ за участіе въ должностномъ преступленіи.

Verbrechen въ Vergl. Darst. d. deut. u. ausländ. Strafrechts, Allg. Teil. B. II, 107. D a l l o z—Dictionnaire pratique de droit.—Complicité, n. 10;—Jurisprudence générale de M. M. Dalloz, art. 60, n.n. 754, 755, 757, 758.—Точку зрѣнія, усвоенную французской судебной практикой, у насъ защищалъ Спасовичъ, говорившій: „физическій виновникъ занимаетъ центральный пунктъ въ ученіи о степеніи, его вина есть нормальная, съ которою сообразуется мѣра вины и для пособниковъ, и для подстрекателей, съ его точки зрѣнія опредѣляется преступленіе и для другихъ, подъ его преступленіе подводятся и подстрекатели, и пособники. такъ что они являются нарушителями только того уголовнаго закона, который физическимъ виновникомъ нарушенъ“ (Учебникъ, стр. 169).

¹⁾ R. G. Entsch. XV, 398; II, 524; Rechtsspr. IX, 218. Frank—Kommentar, III Abschnitt, III, S. 81.

Опредѣленно выраженное ст. 51 улож. начало было усвоено нашей судебной практикой не сразу и не безъ колебаній. Въ своихъ болѣе раннихъ рѣшеніяхъ Сенатъ держался взгляда французской судебной практики не только въ отношеніи вліянія особыхъ обстоятельствъ на отвѣтственность соучастниковъ вообще, но и специально въ отношеніи къ должностнымъ преступленіямъ. Такъ, въ кассационномъ рѣшеніи по д. Маурина сказано: «опредѣляя отвѣтственность участниковъ разныхъ родовъ, сообразно съ характеромъ и размѣрами участія, уложеніе принимаетъ въ основаніе такую систему, по которой исходнымъ пунктомъ отвѣтственности всѣхъ соучастниковъ должно служить наказаніе, которому подлежитъ совершитель преступленія» (1868 г. № 145). По д. Ярошевича (1868 г. № 182) Сенатъ нашелъ, что спеціальныя постановленія, относящіяся до преступленій лицъ, служащихъ по почтовому вѣдомству, въ частности ст. 1099, могутъ быть примѣняемы, напр., къ укрывателямъ, не находящимся на службѣ; точно такъ же по д. Афанасьева (1872 г. № 936), признаннаго виновнымъ въ сообщничествѣ въ подлогахъ со служащимъ въ управѣ благочинія дворяниномъ Юркевичемъ, Сенатъ нашелъ, «что возраженія подсудимаго относительно неправильности присужденія его къ наказанію по ст. 362 за подлоги по службѣ не заслуживаютъ уваженія, такъ какъ подсудимый признанъ виновнымъ въ сообществѣ съ Юркевичемъ, состоявшимъ на службѣ, въ совершеніи послѣднимъ преступленія по должности, а потому и наказаніе Афанасьеву за участіе въ преступномъ дѣяніи Юркевича по службѣ, на основаніи 119 ст. улож., должно быть опредѣлено на основаніи того закона, которымъ предусматривается совершенное Юркевичемъ». Въ послѣдующихъ своихъ рѣшеніяхъ Сенатъ отступилъ отъ принятой точки зрѣнія.

Вопросъ объ участіи частныхъ лицъ былъ подробно разсмотрѣнъ въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта по д. Янковскаго, Косарева и др. отъ 4 ноября 1873 г. Высказанные въ этомъ рѣшеніи взгляды сдѣлались въ теченіе долгаго времени руководящими и повторялись въ рядѣ послѣдующихъ рѣшеній Сената.

Согласно взгляду Государственнаго Совѣта, «преступленія по должности или по службѣ, какъ показываетъ и самое названіе, принадлежать къ разряду преступленій особенныхъ, въ томъ смыслѣ, что они могутъ быть совершаемы только служебными или должностными лицами, въ противоположность преступленіямъ общимъ, виновникомъ въ учиненіи которыхъ можетъ быть каждый гражданинъ государства. Посему въ общемъ правилѣ участіе частнаго лица въ преступленіи по службѣ не можетъ имѣть мѣста. Но это правило не есть правило безусловное, а допускаетъ исключенія, вызываемыя самимъ предметомъ служебныхъ преступленій или родомъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя они нарушаютъ. Внимательное разсмотрѣніе раздѣла V уложенія о наказаніяхъ показываетъ, что преступленія и проступки по службѣ государственной и общественной распадаются на двѣ главныя группы: 1) на преступленія и проступки, заключающіеся въ нарушеніи исключительно однѣхъ лишь служебныхъ обязанностей, тою или другою должностью на лицо возложенныхъ, и 2) на преступленія и проступки, учиненіе которыхъ заключаетъ въ себѣ, сверхъ нарушенія обязанностей службы, еще и обыкновенное общее преступленіе, преслѣдуемое само по себѣ, независимо отъ того, будетъ ли оно совершено должностнымъ лицомъ или же частнымъ человекомъ. Въ силу высказаннаго выше общаго правила участіе частнаго лица въ преступленіяхъ первой группы немыслимо какъ по тому, что самая преступность и нака-

зуемость преступленій этого рода обусловливаются и вызываются единственно только нарушеніемъ принятыхъ на себя служебныхъ обязанностей,—условіемъ, котораго не достаетъ въ частномъ лицѣ,—таковы, напримѣръ, преступленія и проступки бездѣйствія власти, нарушеніе установленныхъ при вступленіи въ должность и при оставленіи оной правилъ, нарушенія порядка при опредѣленіи на службу и увольненіи отъ оной, слабый за подчиненными надзоръ, медленность, нерадѣніе и т. п., такъ равно и по тому, что, въ случаѣ признанія частнаго лица виновныхъ въ участіи въ подобномъ нарушеніи, не было бы возможности примѣнить къ нему положеннаго за то наказанія, ибо почти всѣ преступленія этого рода влекутъ за собою чисто служебныя взысканія, какъ-то: исключеніе изъ службы, удаленіе отъ должности, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую и т. п., которыя, сами по себѣ взятые, къ частному лицу не приложимы, а замѣняемы какими либо другими общими наказаніями или взысканіями быть не могутъ. Напротивъ того, въ преступленіяхъ второй группы преступное участіе частнаго лица отрицаемо быть не можетъ, ибо всѣ преступленія этого рода заключаются въ сущности въ учиненіи общаго преступленія, съ тою лишь разницей, что оно совершается не частнымъ, а должностнымъ лицомъ, и гдѣ посему обстоятельство службы или должности является не признакомъ, обусловливающимъ самую преступность дѣянія, а лишь простымъ обстоятельствомъ, увеличивающимъ вину и мѣру наказанія, въ силу присоединенія къ общему преступленію еще и нарушенія служебныхъ обязанностей. Въ виду всѣхъ этихъ соображеній, участіе частнаго лица въ преступленіяхъ и проступкахъ по службѣ можетъ быть почитаемо преступнымъ и подлежащимъ взысканію лишь въ томъ единственномъ случаѣ, когда учиненное должностнымъ лицомъ является

вмѣстѣ съ тѣмъ и общимъ преступленіемъ, т. е. дѣяніемъ, запрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія, независимо отъ того, будетъ ли оно совершено лицомъ должностнымъ или же частнымъ человѣкомъ»¹⁾).

Изъ обзора судебной практики видно, что французскіе и германскіе суды, а равнымъ образомъ и нашъ Сенатъ въ своихъ первоначальныхъ рѣшеніяхъ подходили къ данному вопросу съ точки зрѣнія общихъ ученій о соучастіи, и съ этой стороны, если стоять на почвѣ господствующей доктрины о соучастіи, которая подчеркиваетъ несамостоятельный, дополнительный характеръ дѣятельности соучастниковъ, онѣ дѣйствительно не должны бы вызывать большихъ затрудненій.

Дѣятельность соучастника, согласно съ господствующимъ взглядомъ на соучастіе, стоитъ въ непосредственной связи не столько съ личностью виновнаго, сколько съ его дѣяніемъ; отсюда слѣдуетъ, что уголовно-правовое значеніе дѣятельности соучастника должно быть разсматриваемо въ зависимости отъ свойствъ дѣятельности главнаго виновника. Дѣятельность соучастниковъ не имѣетъ самостоятельнаго значенія; разсматриваемая сама по себѣ, она въ большинствѣ случаевъ юридически безразлична. Свое значеніе она получаетъ отъ дѣятельности главнаго виновника, къ которой она присоединяется. Съ момента проявленія дѣятельности глав-

¹⁾ Справ. касс. рѣш. 1873 г. № 318, особенно касс. рѣш. 1882 г. № 40 по д. Саряисова, 1883 г. № 27 по дѣлу о злоупотребленіяхъ въ Кронштадтскомъ коммерч. банкѣ, 1884 г. № 13 по д. Мельницкихъ, 1885 г. № 28 по дѣлу о злоупотребленіяхъ въ Таганрогской таможнѣ. Взглядъ Сената по данному вопросу принимается И. Г. Щегловитымъ (Отвѣтъ на вопросъ частнаго лица за участіе въ подлогѣ—Юрид. Вѣст. 1890 г., т. VI, кн. 2, стр. 272 и слѣд.) и Е. М. Кулишеромъ—Журн. угол. права и процесса 1913 г., кн. 2. (Изъ новѣйшей практики Сената). Иной взглядъ на данный вопросъ усвоилъ Сенатъ спеціально въ отношеніи къ 380 ст. (к. р. 1902 г. № 19 по д. Клемборта и др.); разборъ этого рѣшенія см. ниже, ч. II, гл. VIII.

наго виновника возникаетъ правовое предположеніе для содѣйствія всѣхъ другихъ лицъ, независимо отъ присущихъ имъ свойствъ.

Поэтому, кто не принадлежитъ къ спеціальному кругу лицъ — возможныхъ виновниковъ, тотъ можетъ объективно оказать содѣйствіе дѣянію или вызвать его въ качествѣ подстрекателя. *Accessorium sequitur principale*¹⁾).

Въ русской литературѣ указанную точку зрѣнія защищалъ проф. Колоколовъ: «Чтобы убѣдиться въ вѣрности этой доктрины, стоитъ только вникнуть въ истинное значеніе тѣхъ особыхъ обстоятельствъ непосредственнаго исполнителя. о какихъ идетъ рѣчь въ преступленіяхъ плотскихъ и должностныхъ. Дѣйствительно, можно ли отдѣлять подобныя обстоятельства отъ преступнаго дѣянія? Что отвѣтъ долженъ быть отрицательный,—въ этомъ не можетъ быть никакого сомнѣнія: мысленно исключивъ данныя отношенія или обязанности исполнителя, мы получаемъ дѣяніе наказуемое. Въ нарушеніи особыхъ обязанностей заключается здѣсь, такъ сказать, вся суть преступленія. Дѣятельность субъекта сама по себѣ здѣсь не имѣетъ преступнаго характера, она является наказуемой лишь потому, что субъектъ

¹⁾ См. Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, стр. 108. Изъ несамостоятельной акцессорной природы соучастія выводять отвѣтственность частныхъ лицъ за участіе въ должностныхъ преступленіяхъ Meyer-Altfeld и v. Liszt; при этомъ они отмѣчаютъ, что въ германскомъ уголовномъ уложеніи признаніе акцессорной природы соучастія вполнѣ послѣдовательно проводится лишь въ отношеніи обстоятельствъ, обуславливающихъ преступность дѣянія. См. Meyer-Altfeld, Lehrbuch, § 36, V, 1, стр. 280—281; v. Liszt, Lehrbuch, § 53, I, II, 2, стр. 286—289.

Такого же взгляда держатся Birkmeier, Teilnahme, стр. 169, Olshausen. Note 2 zu § 50 St.GB; R. G. XIV, 103; XXII, 51; XXV, 234; XXXVI, 148. Напротивъ, v. Schwarze, Note zu § 50, и Kohler (Studien aus dem Strafrecht, т. 1, 134) полагаютъ что § 50 имѣетъ примѣненіе и къ обстоятельствамъ, обуславливающимъ преступность дѣянія.

состоитъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Такимъ образомъ ясно, что особые условія, какія мы находимъ на сторонѣ непосредственнаго исполнителя въ разсматриваемыхъ группахъ преступленій, принадлежатъ къ самому преступному дѣянію, заключаютъ существенную часть его состава. Но, если указанные условія имѣютъ такой характеръ, то, обуславливая наказуемость непосредственнаго исполнителя, они должны имѣть рѣшающее значеніе и для субъекта, который вызвалъ въ первомъ преступную рѣшимость, зная о его обязанностяхъ или отношеніяхъ. Это прямо вытекаетъ изъ того безспорнаго начала, что дѣяніе исполнителя опредѣляетъ собою и отвѣтственность побудившаго его къ преступленію лица, поскольку послѣднее хотѣло этого дѣянія. Вотъ почему мы и считаемъ рациональной ту доктрину, по которой всякій опредѣлившій другого къ плотскому или должностному преступленію, отвѣчаетъ въ качествѣ подстрекателя по тому же самому закону, какой примѣняется къ подстрекнутому. Пусть интеллектуальный дѣятель не состоитъ лично въ отношеніяхъ, предполагаемыхъ составомъ данного дѣянія, но вѣдь онъ сознательно обусловилъ послѣднее, а потому и долженъ отвѣчать по общимъ правиламъ о соучастіи¹⁾.

Кромѣ указанного воззрѣнія, допускающаго безъ ограниченія участіе частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ, существуютъ взгляды, по которымъ частное лицо можетъ принять участіе въ должностномъ

¹⁾ См. Козоловъ. О соучастіи, стр. 154—155. Такую же точку зрѣнія защищаютъ Haelschinger. Das gem. deut. Strafrecht, т. I, 439; Merkel. Lehrbuch, стр. 148; Liepmann, Die Lehre von Verbrechen u. Strafe v. Merkel, стр. 168—169; Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, стр. 256; Geyer, в. Handbuch Holtzendorff's, II, 365, а также др. выше Meyer-Altfeld и v. Liszt.

преступленіи лишь въ роли пособника, а отнюдь не подстрекателя, а тѣмъ болѣе виновника¹⁾.

Изложенное рѣшеніе вопроса представляется послѣдовательно вытекающимъ изъ господствующей теоріи соучастія. Поэтому кажется не вполне яснымъ, когда Н. С. Таганцевъ, стоя на той же точкѣ зрѣнія господствующей доктрины, возражаетъ противъ даннаго вывода. Выставивъ сначала положеніе, что дополнительная акцессорная природа соучастія выражается только въ томъ, что «преступность учиненнаго исполнителемъ опредѣляетъ преступность пособниковъ, но отнюдь не требуетъ распространенія вліянія на всѣхъ соучастниковъ особыхъ личныхъ условій, присущихъ кому либо изъ нихъ», Н. С. Таганцевъ въ дальнѣйшемъ изложеніи высказываетъ, что «рѣшеніе вопроса остается безъ измѣненія (т. е. условія, присущія кому либо изъ соучастниковъ, не распространяются на другихъ) и въ томъ случаѣ, когда этими условіями опредѣляется самая преступность учиненнаго. Такимъ образомъ, если дѣяніе можетъ быть юридически учинено только лицами, занимающими какой либо служебный постъ въ государствѣ или исполняющими какія либо опредѣленные обязанности, то лица, содѣйствовавшія такому дѣянію, но сами не находящіяся въ тѣхъ условіяхъ, въ коихъ находился исполнитель, не могутъ и отвѣчать за такое дѣяніе, если учиненное ими не составляетъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія»²⁾.

Такимъ образомъ, Н. С. Таганцевъ, отмѣтивъ, въ чемъ заключается значеніе акцессорнаго характера дѣятельности пособниковъ — вліяніе на ихъ дѣятельность

¹⁾ См. Berner. Lehrbuch, стр. 167; Geib. Lehrbuch, II, 335. Вглядѣ этотъ Geyer называетъ рѣдкостнымъ. См. Handbuch Holtzendorff's, т. II, 335—366.

²⁾ Таганцевъ. Русское уголовное право, т. I, стр. 793.

дѣятельности главных виновниковъ, въ дальнѣйшемъ заявляетъ, что условія, опредѣляющія преступность учиненнаго, имѣютъ также индивидуальный характеръ и не распространяются на другихъ участниковъ.

Намъ кажется, что, если рѣшать данный вопросъ съ точки зрѣнія ученія о соучастіи, то выводъ можетъ быть только тотъ, который принятъ франко-германской практикой. Но мы считаемъ неправильнымъ самый путь рѣшенія вопроса. Онъ напоминаетъ нѣсколько рѣшеніе Сената по вопросу о возможности покушенія. Въ этомъ рѣшеніи Сенатъ разсуждалъ: «покушеніе, какъ самый близкій къ осуществленію преступной воли моментъ, присуще каждому преступному дѣянію, и, такъ какъ преступленіе можетъ быть признано совершившимся лишь тогда, когда цѣль злого умысла вполне достигается, то отрицать возможность покушенія при какомъ бы то ни было преступномъ дѣйствіи значить утверждать невозможность его неудачи, т. е. доходить до явно несостоятельнаго заключенія» (к. р. по д. Кузьмина и Киселева, 1869 г. № 569).

Въ этомъ разсужденіи юридическое понятіе «покушенія» замѣнено логическимъ понятіемъ начала, и потому въ результатѣ получился выводъ явно несостоятельный ¹⁾. Точно такую же ошибку дѣлаютъ и тѣ, кто разсматриваетъ вопросъ объ участіи частныхъ лицъ съ точки зрѣнія ученія о соучастіи. Конечно, логически возможно представить себѣ содѣйствіе частныхъ лицъ — лицамъ должностнымъ въ преступной дѣятельности этихъ послѣднихъ, но возможно ли переносить на эту дѣятельность понятія соучастія, понятія, болѣе или менѣе искусственно созданныя? «Accessorium sequitur principale», говорятъ защитники такого перенесенія, но въ данномъ случаѣ

¹⁾ См. Таганцевъ. Русское уголовное право, т. I, стр. 700—701.

какъ-разъ требуется доказать, что имѣетъ мѣсто «accessorium», т. е. дѣятельность, носящая характеръ дополнительный и получающая свою квалификацію въ зависимости отъ «principale». Наша практика пришла по данному вопросу къ противоположному выводу. И это понятно. Она шла къ рѣшенію вопроса инымъ путемъ, путемъ выясненія самой природы должностныхъ преступленій. Государственный Совѣтъ, за нимъ и Сенатъ, согласно господствовавшему долгое время въ доктринѣ воззрѣнію, раздѣлили всѣ преступныя дѣянія должностныхъ лицъ на двѣ категоріи, изъ коихъ одна заключается въ нарушеніи исключительно однѣхъ служебныхъ обязанностей, тою или другою должностью на лицо возложенныхъ, другая заключаетъ въ себѣ, сверхъ нарушенія обязанностей службы, еще и обыкновенное общее преступленіе, преслѣдуемое само по себѣ, независимо отъ того, будетъ-ли оно совершено должностнымъ лицомъ или частнымъ человекомъ; участіе частнаго лица въ преступленіяхъ первой группы немыслимо; напротивъ, въ преступленіяхъ второй группы оно отрицаемо быть не можетъ.

Выводъ Сената въ его послѣдней части не можетъ возбуждать сомнѣній, такъ какъ тутъ дѣло идетъ объ общихъ преступленіяхъ, только квалифицированныхъ вслѣдствіе учиненія ихъ должностными лицами, а не о должностныхъ преступленіяхъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Особое положеніе виновника даннаго преступленія отражается лишь на его отвѣтственности и не вліяетъ на отвѣтственность остальныхъ лицъ.

Но возникаетъ сомнѣніе и требуетъ разъясненія другой вопросъ—объ участіи частныхъ лицъ въ преступленіяхъ, отнесенныхъ Сенатомъ къ первой группѣ, въ тѣхъ преступленіяхъ, которыя господствующая доктрина именуетъ должностными въ собственномъ смыслѣ. Господ-

ствующій взглядъ, какъ было выше указано, опираясь на аксессуарную природу дѣятельности соучастниковъ, не дѣлаетъ въ этомъ отношеніи никакого различія и допускаетъ участіе частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленияхъ вообще.

Но существуютъ попытки защиты такого же взгляда, опирающіяся не столько на ученіе о соучастіи, сколько на самую природу должностныхъ преступлений.

Такъ, еще Гельшнеръ на вопросъ, можетъ-ли быть соучастникомъ преступнаго дѣянія лицо, которое по своему положенію не можетъ его учинить непосредственно, отвѣчалъ утвердительно: «Нѣтъ никакихъ основаній, — заявляетъ онъ, — почему должна остаться безнаказанной виновная и проявившаяся соответствующимъ образомъ во вѣя воля. Изъ того обстоятельства, что должностное преступленіе можетъ быть учинено только должностными лицами, отнюдь не слѣдуетъ, что недолжностное лицо можетъ смотрѣть на это дѣяніе какъ на дозволенное. Его воля, направленная на учиненіе должностнаго преступнаго дѣянія, — воля нравственно виновная; она становится юридически виновной и наказуемой, какъ скоро проявится въ содѣйствіи такому дѣянію. Поэтому частное лицо можетъ быть и подстрекателемъ, и пособникомъ должностнаго лица, при учиненіи послѣднимъ должностнаго преступнаго дѣянія. Каждое запрещенное закономъ подъ страхомъ наказанія дѣяніе должно считаться таковымъ по отношенію ко всякому, независимо отъ того, можетъ или нѣтъ онъ учинить его лично»¹⁾. Къ

¹⁾ См. Das gem. deut. Strafrecht, т. I, стр. 487, 439. Изъ того обстоятельства, что германское уложеніе не послѣдовало примѣру прусскаго уложенія, въ которомъ § 331 специально говорилъ о примѣненіи къ должностнымъ преступленіямъ общихъ опредѣленій о соучастіи, Гельшнеръ дѣлаетъ выводъ, что составители германскаго уложенія считали специальное упоминаніе объ этомъ излишнимъ; если бы эти общія опредѣленія были не примѣнимы, то объ этомъ была бы особая оговорка. Точку зрѣнія Гельш-

сожалѣнію, Гельшнеръ подробно не развиваетъ своихъ взглядовъ, и они остаются не только ничѣмъ не подтвержденными, но, кромѣ того, и трудно совмѣстимыми съ его же собственными воззрѣніями на природу должностныхъ преступлений.

Другой авторъ — Берольцгеймеръ разрѣшаетъ поставленный вопросъ довольно просто: онъ говоритъ, что, если должностное преступленіе имѣетъ прежде всего въ виду отношеніе должностныхъ лицъ къ государству, то во вторую очередь оно имѣетъ въ виду и общее правовое благо, именно порядокъ, спокойствіе и безопасность государства, — правовое благо, въ поддержаніи коего общество заинтересовано въ высокой мѣрѣ. Отсюда слѣдуетъ, что каждый въ отдѣльности обязанъ не только съ уваженіемъ относиться къ такому благу, но и заботиться о томъ, что-бы оно не было нарушено и не только со стороны тѣхъ, кто прежде всего призванъ къ поддержанію этого блага¹⁾.

Берольцгеймеръ, какъ видно изъ его разсужденій, совершенно стираетъ грань, отдѣляющую особенныя преступленія отъ общихъ, такъ какъ не признаетъ блага,

на на допустимость участія частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ раздѣляетъ И. Я. Хейфецъ (Подстрекательство къ преступленію, стр. 68), но какихъ либо самостоятельныхъ доводовъ въ пользу такого ршенія вопроса не высказываетъ.

По мнѣнію проф. Познышева, частныя лица могутъ быть какъ подстрекателями, такъ и пособниками должностныхъ лицъ при учиненіи ими должностныхъ преступленій, но желательно однако, чтобы законъ устанавливалъ особую для нихъ наказуемость, принявъ во вниманіе, что ими не были нарушены тѣ спеціальныя обязанности, которыя нарушены исполнителями (Основныя начала науки уголовного права, стр. 398—399).

Частныя лица, содѣйствуя должностнымъ, не могутъ нарушать тѣхъ спеціальныхъ обязанностей, которыя лежатъ на должностныхъ лицахъ, но не лежатъ на частныхъ лицахъ, но, что они нарушаютъ и за что должны подлежать отвѣтственности, хотя бы и смягченной, проф. Познышевъ не говоритъ.

¹⁾ Berolzheimer, ук. соч., стр. 31.

охрана конхъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушеніе, были бы доступны лишь определенной категоріи лицъ. Если эту грань уничтожить, то, конечно, послѣдствіемъ этого будетъ возможность для частныхъ лицъ быть не только участниками, но и непосредственными виновниками должностныхъ преступленій,—выводъ, который будетъ неприемлемъ и для Берольцгеймера.

Другая аналогичная попытка принадлежит Наглеру въ его работѣ: «Die Teilnahme am Sonderverbrechen». По его мнѣнію, при такъ называемыхъ особенныхъ преступныхъ дѣяніяхъ (Sonderverbrechen) на ряду съ особыми нормами, связывающими опредѣленный кругъ лицъ, существуютъ еще нормы вторичныя (secundäre), которыя обращаются ко всѣмъ вообще и, хотя не содержатъ запрета непосредственнаго учиненія особыхъ преступленій, но повелѣваютъ имъ не оказывать содѣйствія учиненію этихъ преступныхъ дѣяній ¹⁾. Правовыя блага, которыя прежде всего доступны для посягательства только со стороны болѣе тѣснаго круга лицъ и которыя могутъ ими быть нарушены или поставлены въ опасность, требуютъ уваженія къ своей неприкосновенности со стороны всѣхъ. Интересъ въ поддержаніи ихъ неприкосновенности всеобщъ (Das Interesse an ihrer unversehrter Erhaltung ist allgemein, es besteht schlechthin). Если посягательство, которое частное лицо предпринимаетъ самолично, для правового порядка вполне безразлично, такъ какъ частное лицо не въ состояніи нарушить данное правовое благо, то совершенно иначе обстоитъ дѣло, когда это посягательство учиняется въ союзѣ съ преступнымъ выступленіемъ лица, специально обязаннаго. При такомъ условіи границы, препятствовавшія доступу къ охраняемому объекту, отпадаютъ. Правовое благо дѣлается до-

¹⁾ Nagler, ук. соч., стр. 113—116.

ступнымъ для посягательства всякаго, правда, не въ смыслѣ причиненія преступнаго результата, но по крайней мѣрѣ въ смыслѣ созданія для наступленія условій. Такимъ образомъ, вопросъ объ участіи частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ рѣшается Наглеромъ положительно.

Но едва-ли и это рѣшеніе можетъ быть признано удовлетворительнымъ. Наглеръ ничѣмъ не доказалъ существованія этихъ вторичныхъ нормъ, обязывающихъ всѣхъ и каждого относиться съ уваженіемъ къ правовымъ благамъ, доступнымъ для посягательства только нѣкоторыхъ. Въ сущности говоря, его обоснованіе допустимости наказуемаго соучастія въ должностныхъ преступленіяхъ частныхъ лицъ является повтореніемъ имъ же самимъ отвергнутаго взгляда: изъ противоправности дѣятельности главнаго виновника дѣлается заключеніе о противоправности участія частного лица въ должностномъ преступленіи. Но, несмотря на это, въ разсужденіи Наглера имѣется и зерно истины: правильнымъ является самый путь рѣшенія вопроса, путь изученія природы должностныхъ преступленій.

Выше мы установили, что должностное преступленіе—это злоупотребленіе служебными полномочіями, заключающееся въ посягательствѣ или на правовыя блага, доступныя для воздѣйствія лишь со стороны должностныхъ лицъ, или и на иныя правовыя блага, но учиненное съ помощью такого способа, который находится въ рукахъ только должностныхъ лицъ. Слѣдовательно, одна часть должностныхъ преступленій характеризуется какъ объектомъ, такъ и способомъ учиненія, другая характеризуется не столько объектомъ, сколько самымъ способомъ дѣйствія (служебнымъ) ¹⁾.

¹⁾ См. выше, гл. III, стр. 178—179.

Разсматривая природу должностного преступления, нетрудно усмотреть полную возможность участия частных лиц в той группе должностных преступлений, которая характеризуется способом своего учинения.

Служебный способ действия, доступный должностным лицам, обеспечивает здесь приращение результата; остальные лица могут лишь создавать условия, содействовать наступлению результата; они могут выступить в качестве подстрекателей и пособников должностных лиц. Примером такого деяния может быть служебный подлог. Для состава подлога необходима подделка документа с внешней стороны, т. е. или ложное показание документа исходящим от того или другого лица должностного, присутствующего на месте или учреждения, которое в действительности такого документа не составляло и не выдавало, или же подделка документа с внутренней стороны, т. е. неправильное изложение в документе каких-либо фактов или обстоятельств¹⁾. Нет никаких сомнений относительно возможности для частных лиц составить вымышленный акт или изменить содержание акта подлинного. Но подделка документа с внутренней стороны — искажение истины в официальном акте при самом его составлении — деяние должностное, характеризующееся способом действия, доступным лишь определенной группе лиц. Сущность этого деяния, по словам А. О. Кони, может заключаться в следующем: «должностное лицо может создать в исходящих от него, совершенных при его участии или хранящихся у него актах или документах — искажение истины, введя в них ложь посредством тех или других соответствующих действий. Оно может скрыть в них истину, утаив правду или сознательно не соблюдая тех гаран-

¹⁾ См. А. А. Жижиленко. Подлог документов, стр. 661, 717.

тий и условий, при которых эти акты или документы считаются согласными с действительностью. В первом случае должностное лицо предпринимает активные действия, чтобы учинить что-либо во ущерб правды, во втором случае оно действует пассивно — не учиняя того, что бы следовало сделать в интересах правды». Несомненно, что главным виновником в этом деянии может быть должностное лицо, от которого документ исходит, но очевидно также и то, что частное лицо может принять весьма деятельное участие в этом деянии, путем подговора или склонения должностного лица, оказания ему помощи или содействия. На этой точке зрения стоит и Неклюдов, по взгляду которого — «ложное показание может быть преследуемо как подлог во всех тех случаях, когда оно служит основанием для составления должностным лицом официального акта, и потому может быть рассматриваемо как участие в служебном подлоге»¹⁾.

Но, если участие частных лиц вполне допустимо при должностных преступлениях, характеризующихся способом деятельности, то отнюдь нельзя сказать того же относительно той группы должностных преступлений, которая характеризуется особыми свойствами объекта, доступного лишь определенному кругу лиц. Для лиц, не принадлежащих к этому кругу, данный объект

¹⁾ Неклюдовъ. Руководство къ особенной части ч. IV, стр. 200 (см. ст. ст. 294, 1690, 1441, 1696, 593, 598, 599 улож. о нак.). По мнѣнію А. А. Жижиленко, дача ложнаго показанія объ извѣстномъ событіи лицу, составляющему документъ, для внесенія его въ послѣдній, можетъ быть рассматриваема совершенно независимо отъ подлога, какъ особое преступленіе, въ числѣ другихъ видовъ дачи ложнаго показанія передъ публичной властью. См. ук. соч., стр. 718. Мы согласны, что при такой конструкціи отвѣтственность лица, дающаго ложное показаніе, устанавливается не такъ искусственно, какъ при взглядѣ на нее какъ на участіе въ служебномъ подлогѣ. Но эта конструкція будетъ отступленіемъ отъ господствующей доктрины соучастія.

не является правовым благомъ, не пользуется правовой охраной. Существованіе какихъ-то нормъ вторичныхъ оставлено Наглеромъ совершенно недоказаннымъ. Поэтому содѣйствіе со стороны частныхъ лицъ должностнымъ преступленіямъ этого рода юридически безразлично; въ какой бы формѣ оно ни выражалось, оно не можетъ затронуть тѣхъ благъ, которыя нарушаются должностными лицами. Если же нѣкоторые случаи такого содѣйствія и могутъ быть признаны преступными въ качествѣ «*delictum sui generis*», то тутъ дѣло идетъ вовсе не объ охранѣ тѣхъ же благъ, которыя были нарушены главнымъ виновникомъ—должностнымъ лицомъ, а объ охранѣ какихъ либо иныхъ благъ, доступныхъ для посягательства со стороны частныхъ лицъ. Примѣромъ такого соотношенія являются два преступныхъ дѣянія: взяточничество и лиходеительство, изъ которыхъ второе является какъ бы подстрекательствомъ къ первому, но въ дѣйствительности имѣетъ въ виду нарушеніе благъ совершенно иного порядка, а отнюдь не тѣхъ, которыя нарушаются взяточниками — должностными лицами¹⁾. Но число такихъ благъ, доступныхъ исключительно воздѣйствію со стороны должностныхъ лицъ, крайне незначительно, всѣ они сводятся къ тѣмъ или другимъ интересамъ службы выдѣлившимся изъ общаго понятія служебнаго долга. Тамъ же, гдѣ должностное преступленіе характеризуется особымъ способомъ учиненія, тамъ участіе вполне возможно, и такіе случаи составляютъ большинство²⁾.

Выводы, къ которымъ мы пришли, раздѣляются защитниками такъ называемой теоріи самостоятельной отвѣтственности соучастниковъ (*Die Theorie der Verselbst-*

¹⁾ См. ниже, ч. II, гл. IX, 1.

²⁾ Отрицательно относится къ возможности участія частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ также Binding. См. *Die Amtsverbrechen u. seine legislatorische Behandlung* въ *Gerichtssaal*, LXIV, 1904 г., стр. 14 и сл.

ständigkeit der Teilnahme). Съ точки зрѣнія этой теоріи, какъ извѣстно, всѣ соучастники могутъ быть разсматриваемы и съ объективной, и съ субъективной стороны какъ виновники, поэтому особые опредѣленія о соучастіи совершенно излишни, и дѣятельность каждого должна быть разсматриваема самостоятельно, такъ какъ она является его собственнымъ дѣяніемъ, а не зависимымъ участіемъ въ преступленіи другого виновника. Но нельзя все-таки сказать, что вообще всякій, содѣйствующій преступленію, долженъ быть непременно наказанъ, какъ его виновникъ; это положеніе непримѣнимо къ такимъ преступнымъ дѣяніямъ, для непосредственнаго учиненія коихъ требуется наличность особыхъ свойствъ: участники, которые такими свойствами не обладаютъ, не могутъ быть наказываемы, какъ виновники. Въ виду этого, при формулировкѣ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, какъ общее правило, на ряду съ виновниками должны быть поставлены и лица, имъ содѣйствующія; въ видѣ же исключенія, при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, угроза наказаніемъ должна ограничиться лишь лицами, непосредственно виновными, которыя обладаютъ необходимыми личными свойствами для учиненія даннаго преступнаго дѣянія; лица, имъ содѣйствующія, но указанными свойствами не обладающія, должны быть свободны отъ отвѣтственности. Въ норвежскомъ уголовномъ уложеніи, усвоившемъ указанную точку зрѣнія, отдѣльные параграфы обычно начинаются словами: «кто учиняетъ или содѣйствуетъ»..., и такимъ образомъ соучастникъ ставится наравнѣ съ виновникомъ; въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ для учиненія преступнаго дѣянія требуется наличность особыхъ свойствъ, законъ говоритъ только о непосредственныхъ виновникахъ.

«Съ помощью такого приѣма», говорятъ мотивы (стр. 173), «разрѣшается вопросъ, направляется ли угроза

наказаніемъ противъ всѣхъ и каждаго, или только противъ лицъ, обладающихъ опредѣленными свойствами». Въ 11 главѣ уложенія — «о преступленіяхъ по должности» ни слова не сказано объ участіи частныхъ лицъ, въ гл. 12 предусмотрено нѣсколько случаевъ содѣйствія частныхъ лицъ должностнымъ преступленіямъ въ качествѣ *delicta sui generis*, направленныхъ противъ государственной власти ¹⁾).

При опредѣленіи мѣры отвѣтственности участниковъ въ должностномъ преступленіи, если стоять на точкѣ зрѣнія господствующей доктрины соучастія, необходимо имѣть въ виду отвѣтственность главныхъ виновниковъ и, слѣдовательно, квалифицировать дѣятельность соучастниковъ по дѣятельности главныхъ виновниковъ. Такой выводъ будетъ единственно правильнымъ изъ господствующей доктрины соучастія. Всѣ возраженія противъ него должны быть отнесены за счетъ недостатковъ господствующей конструкции соучастія, связующей во-едино лицъ, не только отличающихся между собою по своей внѣшней дѣятельности, но и разнообразныхъ по своему положенію и проникнутыхъ самымъ различнымъ внутреннимъ настроеніемъ.

Всѣ попытки ограниченія этого вывода, можетъ быть, и болѣе соответствующія правовому сознанію, будутъ несовмѣстимы въ конечномъ счетѣ съ основнымъ положеніемъ господствующей доктрины, что отвѣтственность главнаго виновника есть центральный пунктъ для установленія отвѣтственности остальныхъ соучастниковъ. Надлежащая индивидуализация отвѣтственности соучастниковъ мыслима и возможна лишь при расчлененіи ихъ дѣятельности на рядъ самостоятельныхъ дѣяній.

¹⁾ Mitteil. Int. Krim. Vereinigung, V, стр. 348—463. R. Hergt. Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, стр. 190.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Взяточничество и лиходательство.

ГЛАВА I.

Римское право.

За должностными преступлениями установилась репутация, какъ за преступлениями, неимѣющими своего прошлаго. Въ подтвержденіе и объясненіе этого обычно ссылаются на тѣсную связь этой группы преступныхъ дѣяній съ существующимъ государственнымъ строемъ, организаціей государственной службы и т. п. Несомнѣнно, все эти условія вліяютъ какъ на общую конструкцію должностныхъ преступленій, такъ и на конструкцію отдѣльныхъ дѣяній, входящихъ въ составъ этой группы. Но не смотря на все это вліяніе и вызываемое имъ разнообразіе, нельзя отрицать существованія общихъ чертъ въ составѣ дѣяній, свойственныхъ различнымъ эпохамъ жизни различныхъ народовъ: какъ однообразны тѣ побужденія, которыя толкаютъ человѣка на путь нарушенія лежащаго на немъ долга, такъ однородны и формы, въ которыя выливается это нарушеніе, и чѣмъ распространеннѣе данное преступленіе, чѣмъ болѣе оно представляется присущимъ человѣку, тѣмъ болѣе сходства можно найти въ его конструкціяхъ, относящихся къ различнымъ періодамъ времени. Правильность этого положенія доказывается и исторіей вѣточничества, вотъ почему разсмотрѣнію положительнаго законодательства предполагалось полезнымъ предпослать хотя бы краткій обзоръ положенія даннаго дѣянія въ прошломъ, въ томъ прошломъ, которое наложило свою печать на послѣ-

дующее и въ извѣстныхъ хотя-бы отдѣльныхъ чертахъ дожило до настоящаго времени ¹⁾).

Особенности римскаго уголовного права: его казуистичность, отсутствіе строго выработанныхъ составовъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній—отразились и на положеніи должностныхъ преступленій. Постановленія объ этой категоріи преступныхъ дѣяній складывались, несомнѣнно, подъ вліяніемъ и на почвѣ своеобразныхъ условій римскаго государственнаго строя и положенія въ немъ должностныхъ лицъ. Наиболѣе важныя изъ этихъ дѣяній, какъ напр. *crimen repetundarum*, *peculatus* и *residui* относились къ *delicta publica* и изъ нихъ съ большою яркостью выступаетъ наружу нарушеніе общественнаго интереса ²⁾).

¹⁾ См. К. Анциферовъ, ук. ст., стр. 3. „Римскому законодательству, по словамъ г. Анциферова, въ исторіи западнаго законодательства о взяточничествѣ принадлежала высокая роль первообраза, опредѣлившаго идею служебной отвѣтственности, цѣлесообразности уголовной санкціи за преступленіе и энергичной борьбы государства со взяточничествомъ“. Ук. ст., стр. 18. Въ Журналѣ Гражд. и Уголов. права за 1884 г. кн. 6 былъ помѣщенъ переводъ работы Фейербаха—„Ueber die Bestechung der Staatsbeamten“, появившейся въ сборникѣ его „Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung“ 1812 г. Въ предисловіи къ переводу г. К. Анциферовъ мотивировалъ его тѣмъ, что „ученіе о взяточничествѣ принадлежитъ къ числу наименѣе разработанныхъ въ литературѣ. Уже не говоря о литературѣ отечественной и западной литература представляется настолько скудной, что приходится довольствоваться очень и очень немногимъ“. Работа Feinbach'a опирается главнымъ образомъ на партикулярное законодательство. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы слѣдимъ за судьбой *crim. repet.* въ общенѣмецкомъ правѣ, такъ какъ рецепція римскаго права въ Германіи приобрѣла наиболѣе широкіе размѣры. Но имѣя въ виду по преимуществу литературу общенѣмецкаго права, мы пользовались также трудами итальянскихъ и другихъ авторовъ, разрабатывавшихъ вопросы римскаго уголовного права.

²⁾ Zucker въ своемъ „Skizze zu einer Monographie der Amtsverbrechen“, останавливаясь, главнымъ образомъ, на вопросѣ о мѣстѣ, занимаемомъ должностными преступленіями въ системѣ особенной части уголовного права, замѣчаетъ, что римское уголовное право удѣляетъ должностнымъ преступленіямъ, вслѣдствіе ихъ значительнаго вліянія на государственное развитіе римскаго народа, выдающееся мѣсто. (den hervorragendsten Platz) и нахо-

Появленіе специальныхъ законодательныхъ постановленій о должностныхъ преступленіяхъ—плодъ сравнительно болѣе поздняго времени. Простота жизни и отношеній, несложность и опредѣленность обязанностей, лежавшихъ на должностныхъ лицахъ, не оставляли мѣста для злоупотребленій.

Кромѣ того въ самой организаціи государственной службы заключался рядъ условій, имѣвшихъ характеръ предупредительныхъ мѣръ по отношенію къ злоупотребленіямъ должностныхъ лицъ. Всѣ римскіе магистраты служили по выбору и безвозмездно, ихъ должность не служба, а почеть, — «honor». Срокъ выборной службы былъ, обычно, весьма непродолжителенъ, самая служба протекала подъ взаимнымъ контролемъ. Такое контролирующее значеніе имѣло «*ius intercessionis*», принадлежавшее всѣмъ магистратамъ одинаковаго ранга въ отношеніи другъ къ другу и въ отношеніи къ низшимъ по рангу магистратамъ, и народному трибуну—въ отношеніи ко всѣмъ прочимъ магистратамъ: «*par majorve potestas plus valet*». Исключеніе представляла только власть цензора, которая не подлежала ничьей «*intercessio*», кромѣ какъ со стороны другого цензора и народнаго трибуна. Путемъ заявленія «*veto*» могло быть парализовано каждое распоряженіе магистрата. Такую цѣль, безъ сомнѣнія, преслѣдовала и присяга, приносимая каждымъ должностнымъ лицомъ (*in leges iurare*). Нарушеніе «*juris intercessionis*» и обязанности принесенія присяги влекло за собою для должностнаго лица штрафъ ¹⁾).

Положеніе намѣстника какой-либо удаленной отъ Рима провинціи открывало широкій просторъ для зло-

дѣть, что эта группа деликтовъ до настоящаго времени сохранила и занимаетъ то мѣсто въ системѣ особенной части уголовного права, которое она усвоила еще въ римскомъ правѣ См. ук. соч., стр. 4.

¹⁾ См. Mommsen, Röm. Strafrecht. стр. 556.

употреблений, поэтому по отношенію къ этой категоріи должностныхъ лицъ предупредительныя мѣры принимались особенно въ большомъ количествѣ; такъ напр. былъ установленъ опредѣленный срокъ пребыванія намѣстника въ провинціи послѣ оставленія должности ¹⁾; запрещалось занимать должность намѣстника на своей родинѣ ²⁾, хотя, по усмотрѣнію императора, отъ этого правила были возможны и отступленія; намѣстнику запрещалось вступать въ бракъ съ жительницей, подчиненной ему провинціи ³⁾.

¹⁾ Послѣ сложения должности намѣстникъ и другіе магистраты были обяаны въ теченіе извѣстнаго срока (50 дней—до 3 мѣс.) не покидать предѣловъ провинціи, дабы дать жителямъ возможность въ присутствіи уходящаго подать на него жалобы. См. законы Аркадія и Гонорія 399 г. (I. 3 Cod. I, 51), Феодосія II въ 423 г. (I. 3 Cod. Theod. I, 12), Зенона въ 476 г. (I. un. §§ 2, 3 Cod. I, 49) и особенно Юстиніана, Nov. 8, cap. 9: *Necessitatem habente eo, qui administrationem rexit, secundum priores constitutiones, dum deposuerit fasces, quinquaginta dies in provincia commorari, publice se monstrantem et ab omnibus suscipientem conventiones... Si autem valuerit ex quacunque causa non completis quinquaginta diebus ex provincia fugere, tunc comprehensus, ubicunque degere videtur, revocabitur quidem in provinciam, in qua administrabat, omne vero quod inventus fuerit accepisse restituat quadruplum.*—Nov. 128, cap. 23: *Super hac sancimus provinciarum iudices omnibus modis post depositionem cinguli quinquaginta dies in provinciis commorari et conventiones aliquas contra se moventibus respondere.*—Nov. 161, cap. 1: *Deinde magistratu abituri per legitimos quinquaginta dies in publico versentur, iisque litem intendere velint respondeant.* См. также, Rein, ук. соч., стр. 637.

²⁾ См. Macer, I. 3 D. I, 22: *Si eadem provincia postea divisa sub duobus praesidibus constituta est, velut Germania, Mysia, ex altera ortus in altera adsidebit nec videtur in sua provincia adsedisse.* I. 10 Cod. I, 51: *In consiliariis observari censemus, ut in eum, qui in sua provincia ultra quattuor menses moderatoribus absederit adversus leges antiquas et divorum retro principum scita, proscriptio bonorum et accusatio publici criminis immineat, nisi per caeleste oraculum vel amplissimae tinae sedis praeceptionem sese defendat.* Справ. I. un. Cod. I, 41: *Μηδεις Αὐγουστάλιος ἢ ἀνθύπατος ἢ βικάριος ἢ κόμης Ἀνατολῆς εἰς τὴν οἰκείαν ἐπαρχίαν γίνεσθω, ὅκωδ' ἐπιτοῦτο χρησέων κελύσεως.*

³⁾ I. 38 D. de ritu nupt. XXIII, 2: *Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur, ita scilicet ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arris*

Полезными мѣрами для предупрежденія излишнихъ поборовъ съ населенія были фиксація сборовъ, размѣръ которыхъ устанавливался въ зависимости отъ величины провинціи ¹⁾, а также данныя провинціальнымъ магистратамъ инструкции (*mandata principis*) ²⁾.

tantummodo redditus quas acceperat. Veterem sponsam in provinciam, qua quis administrat, uxorem ducere potest et dos data non fit caduca... I. 63 D. de ritu nupt. XXIII, 2: Praefectus cohortis vel equitum aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat, matrimonium non erit: quae species pupillae comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit. I. 6 Cod. V, 4: Etsi contra mandata principum contractum sit in provincia consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseveraverit, iuste nuptiae officuntur: et ideo postea liberos susceptos natosque ex justo matrimonio legitimos esse responsum viri prudentissimi Pauli declarat.

¹⁾ См. напр. Nov. XXIV, de praetore Pisidiae, cap. VI, § 5—25: *Oportet praebere praetori Pisidiae ipsi quidem pro annonis et capitibus et reliquo emolumento solidos numero octingentos, eius assessori solidos numero septuaginta duo, eius officio auri libras quinque. Oportet autem eum praebere occasione codicillorum ita: spectabilibus chartulariis tribus sacri cubiculi solidas numero novem, primicerio clarissimorum notariorum et laterculensibus solidos numero viginti quattuor, eius adiutori solidos numero sex, officio gloriosissimorum praefectorum pro praeceptis et omni alia causa solidos numero quadraginta.* Nov. XXV—de praetore Lycaoniae, cap. 14, epilog: *Oportet praebere praetori Lycaoniae ita: ipsi quidem pro annonis et capitibus (et) reliquo solacio solidos numero octingentos, eius assessori solidos numero septuaginta duo, eius officio auri libras quinque. Oportet autem eum praebere occasione codicillorum ita: spectabilibus chartulariis tribus sacri cubiculi solidos novem, primicerio clarissimorum notariorum et laterculensibus solidos numero viginti quattuor eius adiutori solidos numero tres, officio gloriosissimorum praefectorum pro praeceptis et omni alia causa solidos numero quadraginta.* Cp. Nov. XXVI, de praetore Thraciae, cap. V; Nov. XXVII, de comite Isauriae.

²⁾ См. напр. Nov. XVII—de mandatis principum: *...ideo librum mandatorum composuimus... ut detur administratoribus nostris... scire eorum sanctionem, ut nihil ex his audeant praeterire, sed saluberrimas dispositiones observantes in perpetuum nostras provincias nostroque imperio subjectos gubernare sustinent... Далѣ слѣдуетъ рядъ наставленій и прежде всего: „oportet igitur te pure sumentem administrationem et sine omni suffragio prae aliis omnibus munda servare deo nobisque et legi manus, et nullum contingere lucrum neque maius neque minus, neque captiosum quoddam facere subjectis negotiatione, sed contentum esse solis a fisco tibi ministratis, et tam per te quam per eos, qui circa te sunt, purum eis undique servare jus. Et festinare primum quidem fiscalia tributa exigere vigilanter, nihil deminuens circa publicam curam requirere, ne forte fiscus inminuatur, et salvare ei undique quae propria sunt.*

Большинство указанных мѣръ своимъ происхожденіемъ относится къ болѣе позднему времени, когда съ развитіемъ государственной жизни развивалась и система надзора за дѣятельностью должностныхъ лицъ. Къ болѣе позднему времени относится и выработка мѣръ уголовного характера для борьбы съ преступленіями должностныхъ лицъ, уже совершенными. Прежде чѣмъ создать и обособить эту группу преступныхъ дѣяній, наиболѣе тяжкіе случаи злоупотребленій должностныхъ лицъ, съ которыми было не по силамъ бороться административнымъ путемъ, стали подводить подъ весьма растяжимыя понятія «perduellio» и «сrim. laesae majestatis». Подъ это послѣднее понятіе подходило всякое дѣяніе, нарушающее достоинство магистратуры ¹⁾.

Возбужденіе преслѣдованія ограничивалось или, по крайней мѣрѣ, должно было ограничиваться только наиболѣе тяжкими случаями, для которыхъ «соѳercitio» было недостаточно, и такими, которыя не подходили подъ другія спеціальныя понятія. Такъ преслѣдованіе за «сrim. laesae majestatis» имѣло мѣсто въ случаяхъ нарушенія должностнымъ лицомъ «veto» народного трибуна (примѣры такихъ процессовъ см. у Т. Ливія, 43, 16 въ 585 г.—169 г. и 689 г.—65 г.г.), въ случаяхъ нарушенія

(cap. 1) Deinde conveniens est te providere, ut nulli populi civitatum alter utri seditiones faciant: sed omnem pacem esse civitatibus, dum aequitas etiam hinc nostris subjectis servatur et neque lucri neque passionis alicuius causa ad aliquam partem declinatur (cap. 2). Sit tibi quoque tertium studium lites cum omni aequitate audire, et omnes quidem breviores et quaecunque maxime vilium sunt ex non scripto decidere et iudicare et liberare homines alterna contentione, et non permittere ultra quam continetur sacra nostra constitutione occasione casualium expensarum damificari, si tamen sufficientes in datione consistunt и т. д. См. также Nov. XXIV, cap. 6; XXV, cap. 6; XXVI, cap. 2.

¹⁾ Seneca contr. 9, 2, 17: lex (majestatis) quid oporteat quaerit, aliae quid liceat. licet ire in lupanar: si praecedentibus fascibus praetor deducitur in lupanar, majestatem laedit... licet qua quis velit veste uti: si praetor ius in veste servili vel muliebri duxerit, violabit majestatem. Справ. М о м м с е н, ук. соч., стр. 556.

полномочій комицій, несложенія консулами своевременно своихъ служебныхъ полномочій (Т. Ливій, 42, 2; 21, 4: tribunum plebis... consulibus multam se dicturos, nisi in provinciam exirent, denuntiarunt) и, наконецъ, особенно въ случаяхъ нарушенія намѣстниками своихъ полномочій, такъ какъ благодаря своему положенію, намѣстники были фактическими распорядителями вооруженными силами провинціи и болѣе, чѣмъ кто либо, имѣли возможность нарушить существующій государственный строй. Противъ намѣстниковъ возбуждалось преслѣдованіе за «сrim. laesae majestatis», если они съ войсками переходили границы своей провинціи ¹⁾, оставались въ провинціи и послѣ вступленія въ ея управленіе новаго намѣстника и отказывались передать ему свои полномочія ²⁾, производили безъ законныхъ полномочій воинскіе наборы ³⁾, вели наступательную войну ⁴⁾, присваивали непринадлежащее имъ право помилованія ⁵⁾ или, наконецъ, въ позднѣйшій періодъ

¹⁾ Такъ въ 700/54 г. было возбуждено преслѣдованіе противъ намѣстника Сиріи Габинія, перешедшаго со своими войсками въ Египетъ; Cicero, in Pis. 21, 50: exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum iniussu populi Romani aut senatus accedere... cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia majestatis, Julia de repetundis planissime vetat. Справ. М о м м с е н, ук. соч., стр. 557—558.

²⁾ См. I. 2 D. XLVIII, 4: quive de provincia, cum ei successum esset, non discessit; I. 3 D. h. t.: quive, cum ei in provincia successum esset, exercitum successori non tradidit.

³⁾ Право набора въ республиканскую эпоху принадлежало консулу, а при имперіи составляло прерогативу princeps'a; путемъ спеціальнаго порученія оно могло быть передаваемо и другимъ магистратамъ. См. Mommsen, R. Staatsrecht, 2, 95, 849. I. 3 D. XLVIII, 4: eadem lege (I. Julia majestatis) tenetur et qui iniussu principis bellum gesserit dilectumve habuerit exercitum comparaverit.

⁴⁾ Въ республиканскую эпоху начало военныхъ дѣйствій зависѣло отъ постановленія комицій, а при имперіи отъ princeps'a. См. Mommsen, Röm. Staatsrecht, 3, 342 и справ. 1087; 2, 954. Cicero, in Pis. 21, 50; I. 3 D. XLVIII, 4.

⁵⁾ См. I. 4 Dig. XLVIII, 4: item qui confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emisit.

имперіи, позволяли помѣщать на общественныхъ зданіяхъ свои имена и опускать имя императоровъ¹⁾).

Поводомъ для возбужденія преслѣдованія за «*crimen laesae majestatis*» могло послужить также официальное удостовѣреніе должностнымъ лицомъ ложныхъ данныхъ²⁾ и нарушеніе имъ актовъ религіознаго культа, если отправление этого послѣдняго входило въ кругъ его обязанностей³⁾.

Подведеніе всѣхъ этихъ случаевъ злоупотребленія должностныхъ лицъ своими полномочіями подъ понятіе «*crim. laesae majestatis*» указываетъ на значеніе въ этихъ злоупотребленіяхъ элемента вреда или опасности для интересовъ государства; злоупотребленіе своими полномочіями должностныхъ лицъ, очевидно, потому и подводилось подъ понятіе государственнаго преступленія, что съ этой категоріей преступленій служебныя злоупотребленія ближе всего соприкасались предметомъ своего посягательства. Другіе случаи злоупотребленія властью со стороны должностныхъ лицъ, выражавшіеся въ посягательствахъ на жизнь, тѣлесную неприкосновенность и свободу римскихъ гражданъ, какъ напр. казнь безъ приговора, бичеванье, примѣненіе пытокъ, лишеніе свободы и т. п. подводились подъ понятіе

¹⁾ См. Dig. L. 10, l. 3 § 2: *Inscribi autem nomen operi publico alterius quam principis aut eius, cuius pecunia id opus factum sit, non licet*; l. 4: *Nec praesidis quidem nomen licebit super scribere*. Cod. Theod. XV, 1, 31: *Si qui indices perfecto operi suum potius nomen quam nostrae perennitatis scripserint, majestatis teneantur obnoxii*. Cod. Iust. VIII, 11, 10: *Si qui indices perfecto publicis pecuniis operi suum nomen sine nostri numinis mentione scripserint, majestatis teneantur obnoxii*.

²⁾ См. Dig. XLVIII, 4, l. 2: *quive sciens falsum conscripsit vel recitaverit in tabulis publicis: nam et hoc capite primo lege maiestatis enuncietur*.

³⁾ Cicero, de leg. 2, 8, 21 заключаетъ разъясненіе принадлежащихъ авгуру правъ замѣчаніемъ: *quique non paruerit, capital esto*. См. также указаніе на обвиненіе въ *crim. l. majestatis* за нарушеніе ауспицій у Mommsen'a R. Staatsrecht, 2, 321, A. 1, также l. 116.

общихъ преступленій лишенія жизни, *injuria, vis* и т. д. и разсматривались, слѣдовательно, несмотря на должностное положеніе виновниковъ, какъ дѣянія частныхъ лицъ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что уголовно-правовая отвѣтственность въ эпоху республики наступала для должностныхъ лицъ лишь въ случаѣ учиненія ими указанныхъ дѣяній по отношенію къ римскимъ гражданамъ; въ остальныхъ случаяхъ сенатъ былъ мало доступенъ для жалобъ на злоупотребленія магистратовъ и относился къ нимъ снисходительно¹⁾.

Развитіе государственной жизни и сопутствующій ему ростъ злоупотребленій со стороны должностныхъ лицъ вызвали необходимость въ созданіи особаго учрежденія для разслѣдованія жалобъ на притѣсненія магистратовъ и въ изданіи специальныхъ законовъ о должностныхъ преступленіяхъ. Такимъ специальнымъ учрежденіемъ былъ сначала судъ изъ 5 сенаторовъ (*rescriptatores*), къ которому потерпѣвшіе, черезъ повѣренныхъ—сенаторовъ, могли обращаться со своими жалобами²⁾. Обращеніе къ этому судилищу было исключительнымъ способомъ борьбы съ должностными злоупотребленіями, наряду съ которыми возможны были и обычные пути гражданскаго иска къ виновнымъ или преданія ихъ «*judicium publicum*» въ трибутовыхъ комиціяхъ³⁾. Изъ этого исключительнаго способа разсмотрѣнія дѣлъ о должностныхъ преступленіяхъ возникло постоянное судилище «*quaestio perpetua*», которое въ свою очередь сдѣлалось исходнымъ пунктомъ для развитія уголовного процесса въ періодъ республики и имперіи. Правовая защита, обезпечиваемая закономъ

¹⁾ См. Mommsen, R. Strafrecht, стр. 634.

²⁾ См. Liv. 43, 2; также Liv., стр. 47, 600/154 г.: *aliquod praetores a provinciis avaritiae nomine accusati damnati sunt*. Mommsen, ук. соч., стр. 202. Strahan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law, vol. II, 1—2.

³⁾ См. Rein, ук. соч., стр. 610—611.

римскимъ гражданамъ и *socii* отъ злоупотребленій должностныхъ лицъ, имѣла въ виду возвращеніе противоправно захваченнаго имущества: потерпѣвшіе могли *«res repetere»*, откуда и наименованіе первой судебной комиссіи *«quaestio repetundarum»*¹⁾.

Lex Calpurnia, введеній въ жизнь римскаго государства новую форму суда, былъ вмѣстѣ съ тѣмъ первымъ закономъ, посвященнымъ спеціально должностнымъ преступленіямъ²⁾.

За l. Calpurnia (149 г. до Р. Хр.)³⁾ слѣдовалъ l. Junia, отъ котораго до насъ дошло только одно названіе и неизвѣстны ни время его изданія, ни содержаніе⁴⁾; слѣ-

1) „Pecuniarum repetundarum (sive simpliciter repetundarum) actio vocatur in iure romano, quae certis regibus instituta est in eos, qui dum potestate utebantur publica, quas non oportebat, arguerentur, cepisse ab iis, qui potestati eorum subjecti essent“. — Zumpt — De legibus iudicialis repetundarum commentationes, стр. 1.

2) См. Cicero, Brut. 27, 106: quaestiones perpetuae constitutae sunt, quae antea nullae fuerunt; (L. enim Piso tr. pl. legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manlio coss. tulit). Также, de offic. 2, 21, 7: Nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis repetundis a L. Pisone lata est lex, nulla antea cum fuisset. Въ рѣчахъ противъ Верреса Цицеронъ неоднократно упоминаетъ объ инициаторѣ перваго закона de pecuniis repetundis: „si quod L. Piso illi Frugi, qui legem de pecuniis repetundis primus tulit...“ (Verr. 3, 84, 195); „filius enim L. Pisonis erat, eius, qui primus de pecuniis repetundis legem tulit...“.

3) L. Calpurnia, помимо общаго запрета незаконнаго полученія денегъ: pecuniae captae (Liv. 43, 2), coactae, conciliatae, aversae, luxuries crudelitas, avaritia, superbia (Cic. de leg. III, 20; div. 1), — содержалъ также указаніе на отдѣльныя запрещенныя дѣянія, какъ напр., покупку наемникомъ рабовъ, вступленіе его въ какія либо торговыя сдѣлки; см: напр. Cic. Verr. IV, 5: Videte majorum diligentiam... sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum. Послѣдствіемъ обвиненія въ crim. de repet. было по l. Calpurnia возмѣщеніе причиненнаго имущественнаго вреда, Rein (ук. соч. стр. 602) сомнѣвается, распространялось-ли дѣйствіе l. Calpurniae на взяточничество въ соб. смыслѣ, такъ какъ въ 140 г. до Р. Хр. преторъ Hostilius Tubulus, обвиненный во взяточничествѣ при исполненіи обязанностей предсѣдателя суда de sicariis, судился не въ quaestio perpetua de pecuniis repetundis, но въ iudicium extraordinarium.

4) L. Junia появился въ промежуткѣ времени между изданіемъ l. Calpurnia (149 г. до Р. Хр.) и l. Acilia (въ 631-2/123-2 г.г.), такъ какъ имѣется

дующимъ закономъ былъ l. Acilia (631-2 г. — 123-2 г.г.), изданный подъ вліяніемъ К. Гракха и превратившій искъ о возвратѣ полученнаго въ уголовный искъ о двойномъ возмѣщеніи ущерба, какъ и при кражѣ, затѣмъ l. Servilia Glaucia (641 г. — 111 г.)¹⁾, распространившій отвѣтственность за crim. repet. на всѣхъ магистратовъ, а не только провинціальныхъ, а также и на судей въ случаяхъ недобросовѣстнаго отправленія ими правосудія²⁾, и наконецъ, l. Cornelia (673 г. — 81 г. до Р. Хр.), дополнившій понятіе *«crimen repetundarum»* нѣсколькими новыми видами злоупотребленій³⁾. Последнимъ закономъ

указаніе, что въ этотъ періодъ появился законъ, „quam M. Junius D. f. tr. pl. rogavit“.

1) Даты зак. Acilia и Servilia цит. по Mommsen'у (ук. соч. стр. 708—709); Rein относитъ l. Servilia къ 106—105 г. до Р. Хр., а l. Acilia — къ 101 г. до Р. Хр. (ук. соч. стр. 617, 621); но Цицеронъ (Verr. II, 9, 26), повидимому, считаетъ l. Acilia болѣе древнимъ, чѣмъ l. Servilia Glaucia. Въ рѣчи pro Rob. Post. (4, 9) Цицеронъ замѣчаетъ: sin hoc totidem verbis translatus caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia.

2) L. Servilia ничего не говоритъ о наказаніи осужденнаго изгнаніемъ, но каждый привлеченный къ отвѣтственности, не ожидая окончанія дѣла, могъ добровольно покинуть Римъ и такимъ образомъ подвергнуться „aquae et ignis interdictio“. См. Rein, ук. соч. стр. 620. — Strachan Davidson, ук. соч. II, 60. Въ 92 г. до Р. Хр. L. Drusus провелъ законъ наз. l. Livia iudicialia: „si quis ob rem iudicatam pecuniam acceperit“, который однако былъ скоро отмѣненъ и замѣненъ законами Суллы. См. Rein, ук. соч. стр. 599. Alkalay, ук. соч. стр. 6.

3) Помимо общей формулы: pecunia capta, coacta, conciliata (Cic. Verr. III, 30: Quid est aliud, capere et conciliare pecunias, in quo te lex tenet, si hoc non est, vi atque imperio cogere invitos lucrum dare alteri, hoc est, pecuniam dare? — 40: Tamen haec pecuniae, per vim atque injuriam tuam captae et conciliatae, tibi fraudi et damnationi esse deberent... 84: Utrum tibi pecuniae conciliatae videntur adversum leges, adversum rempublicam, cum maxima sociorum injuria... 94: Multi magnas pecunias ab invitis civitatibus atque ab invitis oratoribus ista ratione, cellae nomine coegerunt... Utrum, cum indices sitis de pecunia capta, conciliata, tantam pecuniam captam negligere; an, cum lex sociorum causa rogata sit, sociorum quorimonias non audire?) L. Cornelia предусматриваетъ слѣдующіе случаи злоупотребленій: а. взяточничество — Cic. Verr. II, 32: Etenim si illud est flagitiosum (quod mihi omnium rerum turpissimum maximeque nefarium

распубликанскаго періода, посвященнымъ «*crimen de repetundis*», былъ I. Julia, изданный въ періодъ перваго консульства Ю. Цезаря (695—59 г.г. до Р. Хр.). Законъ этотъ по своему содержанію былъ наиболѣе полнымъ; онъ повторялъ отчасти прежнее законодательство, отчасти вводилъ новое и сохранилъ свое значеніе на все послѣдующее время имперіи; императорскіе указы и юридическая интерпретація опирались обыкновенно на I. Julia ¹⁾.

videtur) ob rem iudicandam pecuniam accipere, pretio habere addictam fidem et religionem...; Cic. pro Flacco, 34: negavit, a privato pecuniam in provincia praetorem petere oportere. Cur tandem, M. Lurco, non oportet? eripere, extorquere, accipere contra leges non oportet: petere non oportere, nunquam ostendes, nisi docueris, non licere. b. сборъ денегъ на постановку статуи и невыполненіе въ теченіе 5 лѣтъ принятаго на себя по постановкѣ статуи обязательства (Cic. Verr. II, 58: si hoc intervallo non consumpserit, tum denique nomen eius de repetundis pecuniis statuarum nomine deferamus); c. удержаніе денегъ, предназначенныхъ на устройство праздниковъ (Cic., ad Qu. fratrem, I, 1, 9 и друг.); d. ростовщичество и торговля (Cic. Verr. IV, 4: praeclaram defensionem! mercatorem cum imperio ac securibus in provinciam misimus. IV, 5: sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum...; V, 18: Antiquae sunt istae leges et mortuae quemadmodum tu soles dicere, quae vetant. Fuit ista respublica quondam, fuit ista severitas in iudiciis, ut istam rem accusator in magnis criminibus objiciendam putaret); e. расходование большихъ суммъ на посольства въ Римъ (Cic. ad div. III, 10: Ad me adire quosdam memini (nimirum ex Epicteto) qui dicerent, nimis magnos sumtus legatis decerni: quibus ego non tam imperavi. quam censui, sumtus legatis quam maxime ad legem Corneliam decernendos). L. Cornelia въ качествѣ карательной мѣры устанавливала изгнаніе (exilium) (Cic. Verr. II, 31) и кромѣ того взысканіе ущерба въ четвѣрномъ размѣрѣ. Взысканіе имущественнаго ущерба, въ случаѣ смерти виновника, могло быть обращено на тѣхъ, „ad quos ea pecunia pervenit“; см. напр., Cic. pro Clu. 41: hoc quotidie fieri videmus, ut reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos pervenisse pecunias in litibus aestimandis statum fit“. Cic. Verr. II, 18: neque enim permissum est, ut impune nobis liceat, quod alicui eripuerimus, id alteri tradere.—Срав. Rein, указ. соч., стр. 623; Alkalay, указ. соч., стр. 6—7.

¹⁾ Установить первоначальный текст leg. Juliae чрезвычайно трудно, такъ какъ въ tit. Dig., de crim. repet., въ основѣ котораго лежитъ этотъ законъ, многое должно быть отнесено на счетъ позднѣйшаго законодательства; во всякомъ случаѣ содержаніе его было обширно. Цицеронъ упоминаетъ о 101 главѣ: legisque unum et centesimum caput legit... (Cic., ad div. VIII, 8). Связь содержанія этого закона съ законодательствомъ предше-

Наконецъ, въ новеллахъ Юстиніана содержится рядъ постановленій должностнымъ лицамъ и запретовъ взяточничества: «*si praesides gentium, quicumque civiles administrationes provinciarum habent, juris procuraremus uti manibus et omni abstinere acceptione pro illis, solis contentos eis quae a fisco dantur*» (Nov. VIII, pr.); «*eos omni iniusto lucro prohibemus, ita etiam pure cingulis utentes omni honore et reverentia et honestate frui sancimus*» (тамъ же cap. VI); особенно много о взяточничествѣ говоритъ Nov. CXXIV, имѣющая въ виду борьбу съ случаями судебного взяточничества ¹⁾.

свѣдѣніемъ видна изъ слѣдующаго замѣчанія Цицерона: „Jubet (I. Julia) persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit, pervenerit. Si est hoc novum in lege Julia, sicuti multa sunt severius scripta, quam in antiquis legibus et sanctius; inducatur sane etiam consuetudo huius generis iudiciorum nova. Sin hoc totidem verbis translatus caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia. (Cic. pro Rob. Post. 4, 8). О пополненіи leg. Juliae послѣдующими законодательными актами можно заключить изъ слѣдующихъ мѣстъ Corpus jur. civ.: Dig. I, 16, 10 § 1: Legatum suum ne ante se de provincia dimittat, et lege Julia repetundarum et rescripto divi Hadriani ad Calpurnium Rufum proconsulem Achaiae admonetur. Срав. Mommsen, указ. соч. стр. 709.

¹⁾ Участвующія въ дѣлѣ лица должны были приносить присягу въ томъ „quia nihil penitus iudicibus (aut) patrocini causa ipsis vel alii cuicumque personae pro hac causa quolibet modo dederunt aut promiserunt aut postea dabunt vel per se vel per aliam quamcunque mediam personam“... Результатомъ этой присяги могло быть обвиненіе судьи во взяточничествѣ и при доказанности этого обвиненія по гражданскому дѣлу судья былъ обязанъ уплатить „duplum“ общаго или „tripulum“ фактически полученнаго и кромѣ того лишался своей должности (dignitatem seu cingulum, quod habet, in utroque casu amittat); взяточничество при производствѣ уголовного дѣла влекло за собою для судьи конфискацію и „exilium“. Наоборотъ, если обвиненіе оставалось недоказаннымъ и обвиняемому судѣ удавалось очиститься отъ подозрѣнія путемъ присяги, то въ этомъ случаѣ обвинитель подвергался наказанію конфискаціей имущества, если обвиненіе было возбуждено по поводу уголовного дѣла, и уплатѣ „aestimatio litis“. если обвиненіе было возбуждено по поводу гражданского дѣла. Подобное обвиненіе судьи во взяточничествѣ можетъ быть заявлено не только самимъ лиходѣтелемъ, но и 3-мъ лицомъ и противной стороной, и при его доказанности наказанію подвергался не только судья, но и лиходѣтель, уличенный въ предоставленіи дара или общанія его судѣ. Когда обвинителемъ судьи выступалъ

Приведенный длинный рядъ законовъ, значительно расширившихъ понятіе *crimen repetundarum*, былъ вызванъ тѣмъ паденіемъ общественныхъ нравовъ и сопутствующимъ ему увеличеніемъ должностныхъ злоупотребленій, когда, по словамъ Саллюстія «*avaritia fidem, probitatem, caeterasque artes bonas subvertit; pro his superbiam, crudelitatem, deos negligere omnia venalia habere docuit*» (De bello Jugurthino, с. XXXI), но законы, повидимому, помогали мало; по крайней мѣрѣ еще Цицеронъ замѣчаетъ: «*nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis repetundis a L. Pisone lata lex est, nulla antea cum fuisset, at vero postea tot leges et proximae quaeque duriores: tot rei, tot damnati... tanta, sublati legibus atque iudiciis, expilatio direptioque sociorum, ut imbecillitate aliorum, non nostra virtute valeamus*¹⁾. Такимъ образомъ, въ болѣе раннихъ законахъ *crimen de repetundis* или *crim. pecun. repetundarum* обозначалъ довольно узкій кругъ случаевъ вымогательства наместниками провинцій или полученія ими съ жителей провинцій денегъ, которыя могли быть вытребованы обратно и должны быть возвращены виновными, какъ неправомѣрно полученные.

Послѣдующее законодательство расширило значительно какъ кругъ возможныхъ виновниковъ «*criminis repetundarum*», такъ и самое понятіе этого послѣдняго. Въ періодъ республики обвиненіе въ «*crimen repetundarum*» предъявлялось только къ лицамъ, имѣвшимъ званіе сенатора²⁾. Въ императорскій періодъ оно могло быть предъявлено къ должностнымъ лицамъ вообще, не-

самъ лиходатель и обвиненіе оказывалось обоснованнымъ, лиходатель совершенно освобождался отъ отвѣтственности и терилъ лишь свой даръ.

¹⁾ Cic., de offic. II, 21, 75.

²⁾ См. Mommsen, Röm. Staatsrecht, I, 9: Cic. Verr. act. I, 13, 38: quod P. Septimio senatore damnato (одинъ изъ присяжныхъ въ процессѣ, руководимомъ С. Юніусомъ) Q. Hortensio praetore, de pecuniis repetundis, aestimata

зависимо отъ принадлежности ихъ къ сенаторскому званію, независимо отъ ихъ служебнаго ранга¹⁾; обвиненіе въ «*crim. repetundarum*» предъявлялось не только къ самимъ наместникамъ, но и къ лицамъ, ихъ сопровождавшимъ²⁾. Къ отвѣтственности привлекались, кромѣ непосредственно виновныхъ, и ихъ пособники³⁾. Отвѣтственность переходила даже на дѣтей, къ которымъ могъ быть предъявленъ искъ о возвратѣ денегъ, полученныхъ ихъ отцами при отправленіи какой-либо должности⁴⁾. Наконецъ, къ отвѣтственности за «*crimen repetundarum*» привлекались лица, которыя, не будучи должностными въ собствен-

sit eo nomine, quod ille ob rem iudicandam pecuniam accepisset.—Pro Cluent. 37, 104: qua lege in eo genere (при подкупѣ присяж.) a senatore ratio repeti solet, de pecuniis repetundis, ea lege accusatur... est. Справ. Mommsen, указ. соч. стр. 711.

¹⁾ См. Mommsen, указ. соч. стр. 713. Не имѣла значенія также отрасль управления; если въ конституціяхъ императоровъ говорится только объ *iudices*, то не слѣдуетъ забывать, замѣчаетъ Henke, что подъ ними подразумѣвались также «*moderatores et rectores provinciae*». — См. Henke, Handbuch, стр. 498.

²⁾ Dig. XLVIII, II, 1, 5: In comites quoque iudicium ex hac lege iudicium datur. Cod. I, 51, l. 3 говоритъ объ отвѣтственности «*consilarii iudicium*», «*cancellarii*» и «*ii, qui domesticorum funguntur officio*»; tit. 53, l. 1 § 3: «*Haec autem etiam ad domesticos et consiliarios eorum trahi necessarium duximus illud etiam adicientes, ut nec per interpositam personam aliquid eorum sine periculo possit perpetrari*. Справ. Mommsen, указ. соч., стр. 713; Rein, указ. соч., стр. 633.

³⁾ Θεοδοσιεύς, кромѣ того, была установлена обязанность донесенія: si quis scit venalem de jure fuisse sententiam, si quis poenam vel pretio remissam vel vitio cupiditatis ingestam, si quis postremo quacunque de causa improbum iudicem potuerit approbare, is vel administrante eo, vel post administrationem depositam in publicum prodeat, crimen deferat и т. д. (Cod. Theod. IX, 27, 6). Справ. Mommsen, указ. соч. стр. 713. Rein, указ. соч. стр. 633.

⁴⁾ Въ 678/76 г.г. былъ предъявленъ искъ къ сыну М. Антонія, консула 655/99 г.г. К. Антонию: Graeci, qui spoliati erant, eduxerunt Antonium in ius ad M. Laculum, praetorem, qui jus inter peregrinos dicebat. (Tac. Annal. 13, 43). За женъ отвѣчали ихъ мужья: Senatum Cotta et Messala cos. censuisse futurum, ut si quid uxores eorum, qui ad officia profisciscuntur, deliquerint, ab ipsis ratio et vindicta exigatur. (Dig. I, 16, 4 § 2). Справ. Mommsen, указ. соч., стр. 711.

номъ смыслъ этого слова, выполняли какія-либо общественныя обязанности ¹⁾).

Расширилось, какъ сказано было выше, и самое понятие «*crimen repetundarum*». Подъ «*crimen repetund.*» стало подразумеваться вообще неправомѣрное обогащеніе должностныхъ лицъ или лицъ, которыя, не будучи магистратами, отправляли какія либо общественныя обязанности. Рейнъ идетъ даже дальше и полагаетъ, что къ концу республики подъ «*crimen repetund.*» понималось дурное управленіе магистрата вообще ²⁾. Этотъ взглядъ имѣетъ за собою нѣкоторое основаніе, если принять во вниманіе, что подъ «*crimen repetundarum*» подводились такіе случаи, какъ нарушеніе намѣстникомъ границъ своей провинціи и предѣловъ своихъ полномочій, отпущекъ намѣстникомъ своего легата ранѣе собственнаго отъѣзда, устройство дорогихъ праздниковъ ³⁾. Конечно, не эти слу-

¹⁾ Dig. XLVIII, 11, l. 1: *L. Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit vel cum ex cohorte cuius eorum est. l. 3: L. Julia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob indicandum vel non indicandum decernendum vi acceperit. l. 4: vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret. l. 6: Eadem lege tenentur qui ob denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecunias acceperit. l. 9: Qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum postulantur.* Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 712.

²⁾ См. Rein, ук. соч. стр. 604—605; также Temme, *Lehrbuch d. gem. deut. Strafrechts*, 1876 г. § 236. Въ подтвержденіе своего взгляда Rein ссылается на Tac. *Annal.* VI, 29: *male administratae provinciae crimen.* Cod. Theod. IX, 27, 2: *crimen male gestae administrationis*; Plut.: «*ῥημάτων τῶν κακῶν ἀπορίας*». Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 720—721.

³⁾ О подведеніи этихъ случаевъ подъ *crim. repet.* см. Cic. in *Pison.* XXI, 50: «*ausus esset (mitto exire de provincia) educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum injussu populi aut senatus accedere, quae cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia majestatis, Julia de repetundis planissime vetat*». Вышечелство въ чужую компетенцію подводилось также и подъ понятие *crim. majestatis*.—Dig. I, 16, 10, 1: *Legatum suum ne ante se de provincia dimittit, et lege Julia. repetundarum et rescripto divi Hadriani ad Calpurnium Rufum proconsulem Achaiae admonetur.*—Устройство дорогихъ праздниковъ къ *crim. repet.* относитъ Rein (ук. соч. стр. 635), ссылающійся на Cod. IX,

чай являются характерными для «*crimen repetundarum*», такъ какъ въ основѣ его лежалъ запретъ должностнымъ лицамъ принимать деньги («*pecunias capere, conciliare*») ¹⁾. Принятіе вознагражденія за выполненіе какихъ-либо официальныхъ обязанностей, по римскимъ понятіямъ, считалось недопустимымъ; вознагражденіе услугъ признавалось возможнымъ лишь въ отношеніи къ низшимъ рядовымъ служащимъ.

Нарушеніе указаннаго запрета въ различныхъ формахъ, подъ разнообразными предлогами и составляло главное содержаніе *crimen repetundarum*; подъ понятіе этого преступнаго дѣянія подводились слѣдующіе случаи:

1. Принятіе должностнымъ лицомъ подарковъ ²⁾; законъ запрещалъ не только подарки въ

41, 5; но въ цит. зак. нѣтъ указаній на *crim. repet.*, а говорится лишь объ отвѣтственности, «*quae legum violatores persequitur*». Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 720; Rein, ук. соч. стр. 629.

¹⁾ Въ виду имѣлось только денежное вознагражденіе; Цицеронъ, ссылаясь на законы *de repetundis*, постоянно употребляетъ выраженія *pecunias capere, conciliare, pecuniae captae, conciliatae* и т. п., напр., Verr. I, III, 30, 71: *Quid est aliud, capere et conciliare pecunias, in quo te lex tenet, si hoc non est, vi atque imperio cogere invitos lucrum dare alteri, hoc est, pecuniam dare?*—40, 91: *tamen hae pecuniae, per vim atque injuriam tuam captae et conciliatae, tibi fraudi et damnationi esse deberent.*—84, 194: *Utrum tibi pecuniae conciliatae videntur adversum leges, adversum rempublicam, cum maxima sociorum injuria: an vero id recte, ordine e republica, sine cuiusquam injuria factum esse defendes?*—94, 218: *Utrum, cum judices sitis de pecunia capta, conciliata, tentam pecuniam captam negligere: an, cum lex sociorum causa rogata sit, sociorum querimonias non audire?*—Dig. XLVIII, 11, воспроизводя l. Julia, говорятъ также о «*pecunias capere*»: *Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum (l. 1);—lege Julia repetundarum cavetur, ne quis... aces accipiat... pecuniam accipiat (l. 6, § 2).* См. также Dig. III, 6, l. 1, 2, 3; V. l. 15.

²⁾ Cicero, *de leg. III*, 4, 11: *donum ne capiunto, neve danto, neve petenda, neve gerenda, neve gesta potestate. Quod quis earum rerum migrasset, noxae poena par esto.*—Dig. I, 16, § 3: *mandatis continetur, ne donum vel munus ipse proconsul vel qui in alio officio erit accipiat.*—Cod. I, 53, 1: «*Donationes vero omnimodo recusent, scientes non esse validas eas in quibuscunque rebus et quacunque aestimatione... Provincias vero moderantibus non*

собственномъ смыслѣ, но и заключеніе всякихъ договоровъ съ цѣлью прикрыть ими дареніе ¹⁾; мало того, при каждой покупкѣ, совершенной магистратомъ, подразумевалось дареніе и продавцу предоставлено было право отыскивать съ покупателя купленные имъ вещи, безъ обязательства вернуть покупную цѣну ²⁾; не берется при этомъ во вниманіе ни возможная «bona fides» обѣихъ сторонъ, ни существующія между ними правовыя отношенія. Впрочемъ въ законѣ встрѣчались указанія на допущеніе нѣкоторыхъ исключеній изъ общаго запрета принимать подарки. Такими законными исключеніями были: 1) подарки съѣстного, напитковъ и т. п., принятіе которыхъ не заключало въ себѣ элемента имущественнаго обогащенія ³⁾. Но въ предотвращеніе зло-

solum donationes, sed etiam emptiones quarumcunque mobilium vel immobilium rerum... penitus interdicimus...—Nov. 161, c. 1: sancimus ut magistratum gerant illi, qui ex bona existimatione spectati sunt ac plurimam in justitia exercenda curam collocarunt. sine donis autem et largitione omni magistratu, suscipiant et subjectos quidem incolumes indemnesque conservent... Cp. Rein, ук. соч., стр. 634.

¹⁾ Dig. XLVIII, 11, 8 § 1: Eadem lex venditiones locationes eius rei causa (т. е. ради даренія) pluris minorisve factas irritas facit...—Cod. II, 19, 11: Si per impressionem quis aliquem metuens saltem in mediocri officio constitutum rei suae in eadem provincia vel loco, ubi tale officium peragit, sub venditionis titulo fecerit cessionem. et emptum fuerit reddatur et nihilo minus etiam pecunia retineatur: simili poena servanda, si qui vel conjugis vel amici nominibus abutentes praedam tamen sibi adquirunt.

²⁾ Dig. XVIII, 1, 46: Non licet ex officio, quod administrat quis emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet...—Cod. IV, 44, 18: Vestium et argenti seu mancipiorum coemendorum, si quando a privatis nostris ea contigerit venumdari, palatini sciant sibi copiam denegatam: poena in eos amissionis pretii exercenda. Cpав. также Cod. II, 19, 11; Dig. XII, 1, 33.

³⁾ Dig. I, 18, 18: Plebi scito continetur, ut ne quis praesidum munus donum caperet nisi esculentum potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur.—Dig. I, 16, 6, 3: non vero in totum xenii abstinere debet proconsul sed modum xeniorum excedat, quam rem divus Severus et imperator Antoninus elegantissime epistula sunt moderati, cuius epistula verba haec sunt: Quantum ad xenia pertinet, audi quid sentimus: vetus proverbium est: οὐτε πάντα οὐτε

употребленій и съ этими незначительными подношеніями для нихъ былъ установленъ въ законѣ предѣльный размѣръ, нарушеніе, котораго влекло за собою отвѣтственность ¹⁾, 2) почетныя подношенія, не обогащающія принимающаго ихъ, напр., съ цѣлью увѣковѣченія его памяти ²⁾, 3) подарки, дѣлаемые родственниками ³⁾.

2. Присвоеніе государственной собственности могло быть преслѣдуемо искомъ «de repetundis», хотя оно входило также и въ понятіе peculatus (Cic. Verr. IV, 41, 88 ⁴⁾).

3. Устройство какихъ либо предпріятій въ предѣлахъ управляемыхъ провинцій и, въ частности, держаніе морскихъ кораблей. Всѣ подобнаго рода дѣйствія и занятія были несоединимы съ положеніемъ магистрата и шли въ разрѣзъ съ общимъ правиломъ, въ силу котораго должностное лицо не должно было обогащаться ни съ помощью подарковъ, ни какимъ другимъ образомъ. Это правило, имѣвшее сначала примѣненіе только къ магистратамъ, позднѣе распространилось

πάντοτε παρὰ πάντων, nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est et omnia avarissimum.

¹⁾ Такъ Dig. XLVIII, 11, 6, 2: urbani magistratus... ne... plus doni muneris in anno accipiant quam quod sit aureorum centum. Должностныя лица низшаго ранга были лишены и этого права, какъ можно заключить изъ Cod. XI, 55, 2.

²⁾ По l. Cornelia, какъ было выше указано, если собранныя съ этой цѣлью деньги не расходовались въ теченіе 5 лѣтъ сообразно своему назначенію, то онѣ разсматривались какъ подарки; см. напр., Cic. Verr. II, c. 98, 142: Verum ubi tandem, aut in quibus statuis ista tanta pecunia consumpta est? Consumetur, inquires. Scilicet expectemus legitimum illud quinquennium. Si hoc intervallo non consumperit; tum denique nomen eius de repetundis pecuniis statuarum nomine deferamus.

³⁾ Dig. XLVIII, 11, 1, 1: Excipit lex (Julia repetundarum) a quibus licet accipere, a sobrinis propioreve gradu cognatis suis, uxore (или uxorisve). Cpав. Mommsen, ук. соч. стр. 715—716; Rein, ук. соч. стр. 627.

⁴⁾ См. Mommsen, ук. соч. стр. 716. Strachan-Davidson, ук. соч. II, 8.

и на должностных лицъ подчиненныхъ; всѣ сдѣлки, заключенныя вопреки указанному запрету, могли быть расторгнуты ¹⁾).

4. Незаконные сборы съ населенія, т. е. такіе, установленіе которыхъ не было предоставлено усмотрѣнію должностного лица, если при этомъ они производились съ цѣлью личнаго обогащенія; таковы напр. сборы на вѣнокъ побѣды, если сенатъ не давалъ намѣстнику триумфа ²⁾, или взиманіе установленныхъ закономъ сборовъ, но въ излишнемъ размѣрѣ ³⁾.

¹⁾ Цицеронъ говоритъ о запретѣ покупки рабовъ, кромѣ случаевъ замѣны умершихъ: *sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum.* (Verr. IV, 5, 9) Dig. XII, 1, 34, § 1: *praeses provinciae mutuum pecuniam fenebrem sumere non prohibetur.* Справ. Cod. IV, 2, 16: *Quisquis indicii fenebrem pecuniam mutuaverit, si in provincia fuerit versatus, quasi emptor legum atque provinciae, vel si collectarius honoris pretium dederit ambienti, exilii poena una cum ipso iudice plectetur.*—Въ другомъ мѣстѣ Цицеронъ (pro Flacco, XXXIV, 85) говоритъ о неодобрительномъ отношеніи даже ко вступленію въ наслѣдство въ періодъ несенія должности: *relinquitur illud, quod vociferari non destitit, non debuisse, cum praetor esset, suum negotium agere, aut mentionem facere hereditatis.*—Dig. XVIII, 1, 62: *Qui officii causa in provincia agit vel militat, praedia comparare in eadem provincia non potest, praeterquam si paterna eius a fisco distraherentur.* См. также Cicero, Verr. I, 36; III, 72; IV, 4; V, 18; Dig. XII, 1, 33: *Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur mutuumve pecuniam dent foenusve exerceant.*—Dig. XLIX, 14, 46 § 2: *Quod a praeside seu procuratore vel quolibet alio in ea provincia, in qua administrat, licet per suppositam personam comparatum est, infirmato contractu vindicatur et aestimatio eius fisco infertur: nam et navem in eadem provincia, in qua administrat, aedificare prohibetur.*—L. 5, 3: *senatores autem hanc vocationem habere non possunt, quod nec habere illis navem ex lege Julia repetundarum licet.* См. также Cod. I, 53, 1; II, 19, 11; IV, 44, 18; IX, 27, 6. См. Mommsen. R. Staatsrecht, 3, 899 и Strafrecht, стр. 719—720. Strachan-Davidson, ук. соч. II, 8.

²⁾ См. напр. Cic. in Pis. XXXVII, 90: *Mitto aurum coronarium, quod te diutissime torsit, cum modo velles, modo nolles, lex enim generi tui et decerni et accipere vetabat, nisi decreto triumpho. In quo tu accepta tamen et devorata pecunia, ut in Acheorum centum talentis, evomere non poteras: vocabula tantum pecuniarum, et genera mutabas.*

³⁾ Напр. требованіе хлѣба Верресомъ—Cic. Verr. III 81, 188 и слѣд., или требованія флота Флаккомъ—Cic. pro Flacco, XII, 27, или наконецъ, излишнія требованія налоговъ и пошлинъ со стороны сборщиковъ, Cod. X, 20, 1: *Si quis exactarum superexactionis crimen fuerit confutatus, eandem poe-*

5. Вымогательство т. е. принужденіе къ даренію угрозой послѣдствіями въ случаѣ отказа. Существованіе общаго запрета даренія должностныхъ лицъ дѣлало излишнимъ разслѣдованіе отягчающаго обстоятельства—способа дѣятельности, и только въ II вѣкѣ по Р. Хр. вымогательство стало разсматриваться, какъ самостоятельный деликтъ (*concussio*) ¹⁾. Предметомъ вымогательства могли быть не только денежные приношенія, но и услуги ²⁾.

6. Взятничество, въ смыслѣ принятія денегъ должностнымъ лицомъ за учиненіе или неучиненіе какого либо служебнаго дѣйствія (*quo magis aut minus quid ex officio suo faceret*), подобно вымогательству, въ качествѣ «*delictum sui generis*» было неизвѣстно римскому праву, оно также поглощалось болѣе общимъ запретомъ полученія денегъ. Но въ I. Julia содержалось указаніе на рядъ дѣйствій должностного характера, совершаемыхъ подъ вліяніемъ подкупа, хотя характеръ этой дѣятельности, ея противоправность или законность существовавшего значенія не имѣли. Такъ I. Julia говорилъ о взятничествѣ при отправленіи правосудія («*pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit*»,—«*ob iudicem arbitrumve dandum, mutandum iubent-*

nam subeat, quae divi Valentiniani sanctione dudum fuerat definita; см. также Cod. XII, 57, 1; I, 27, 1, 17; 2, 12; tit. 25. 4; X, 48. 8; Nov. VIII, c. 7, 8; CXXVIII, 12. Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 718—719; Rein, ук. соч. стр. 633—634.

¹⁾ «*Concutere*» отъ «*quater*», синон. «*terrere*». Dig. XLVII, 13, 7: *Si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui praeses provinciae iubet et delictum coërcet.* Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 717.

²⁾ Cod. XI, 55, 2: *Si qui eorum, qui provinciarum rectoribus obsequuntur quique in diversis agunt officiis principatus et qui sub quocumque praetextu muneris publici possunt esse terribiles, rusticano cui piam necessitatem obsequii quasi mancipio sui juris imponant aut servum eius vel forte bovem in usus proprios necessitatesque converterint, ablati omnibus facultatibus perpetuo subjunguntur exilio, et nihilo minus rusticanum, qui se in eiusdem operas sponte propria detulisse responderit, par poenae severitudo constringat.*

dumve, ut iudicet: neve ob non dandum, non mutandum, non iubendum, ut iudicet»,—«ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve faciendum vel non faciendum»—Dig. XLVIII, 11, 3, 7), о лишении свободы подъ влиянием подкупа («ob hominem in vincula publica coiciendum vinciendum vincireve iubendum exve vinculis dimittendum»—тамъ же), о взяточничествѣ при наборѣ («ob militem legendum mittendumve—тамъ же, 1. 6), при повѣркѣ построекъ публичныхъ зданій («ne in acceptum feratur opus publicum faciendum... sarta tecta tuenda, antequam perfecta probata praestita lege erunt»—тамъ же, 1. 7), объ освобожденіи, подъ влияніемъ подкупа, отъ налоговъ и платежей («ne acceptum feratur... frumentum publice dandum»—тамъ же), о взяточничествѣ свидѣтелей («ob denuntiandum vel non denuntiandum testimonium», тамъ же 1. 6) и вообще о полученіи денегъ по поводу исполненія или неисполненія своихъ обязанностей («vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret»—тамъ же 1. 4; «qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum postulantur»—тамъ же, 1. 9).

Таково крайне обширное и разнообразное содержаніе понятія «criminis repetundarum» и такой объемъ этого понятія не представляетъ чего либо исключительнаго. «Римскому праву, какъ замѣчалъ еще проф. Фойницкій, были извѣстны не отдѣльные преступленія, а отдѣльные иски противъ группъ преступленій, содержимое которыхъ могло быть далеко неоднородно... Уголовный кодексъ Рима образовался изъ соединенія именно такихъ различныхъ исковъ и обвиненій (actiones, conductiones, persecutiones, accusationes), изъ которыхъ каждое имѣло свой особенный законъ и судъ. Обстоятельства совершенно безразличныя съ точки зрѣнія внутренней природы дѣйствія, каковы напр. желаніе поставить данный институтъ подъ охрану болѣе строгаго наказанія или передать опредѣленному

суду разсмотрѣніе неподлежащихъ ему прежде дѣлъ, хотя бы только потому, что прежнія занятія его найдены слишкомъ незначительными, побуждали законодателя или создавать для опредѣленнаго преступленія новый законъ и новый судъ (укажу процессъ Милона), или выдѣлять нѣкоторые виды его изъ компетентности одного суда, передавая ихъ другому, вмѣстѣ съ чѣмъ измѣнялось и названіе иска. А измѣненіе процессуальное имѣло своимъ послѣдствіемъ и матеріальное измѣненіе, такъ какъ выдѣленный видъ втѣснялся въ рамки новаго закона»¹⁾. Но если понятіе crim. repet. выходило далеко за предѣлы понятій взяточничества и вымогательства, то съ другой стороны, и эти дѣянія не покрывались понятіемъ crim. repet.: о взяточничествѣ судей упоминалъ l. Cornelia de sicariis²⁾, подкупъ судей, обвинителей и свидѣтелей и взяточничество этихъ послѣднихъ подводилось подъ понятіе crim. falsi³⁾. Понятіе cr. falsi, какъ извѣстно, съ теченіемъ времени

¹⁾ Мошенничество по русскому праву, стр. 96.

²⁾ Dig. XLVIII, 8, 1, 1: „Lege Cornelia de sicariis et veneficiis tenetur, qui hominem occiderit... qui magistratus indexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret“.

³⁾ См. Dig. XLVIII, 10, 1, 2: Item ob instruendam advocatorem testimoniarum pecuniam acceperit pactusve fuerit societatem coierit ad obligationem innocentium, ex senatus consulto coercetur. Sed et si quis ob renuntiandum remittendumve testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam acceperit, poena legis Corneliae addicitur, et qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit—1. 21: is adjungitur et is, qui iudicem corrumpit. Sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegantur nec bona illis auferantur.—Dig. XLVII, 18, 2: „Concessionis iudicium publicum non est: sed si ideo pecuniam quis acceperit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex Senatus consultis quibus poena legis Corneliae teneri iubentur, qui in accusationem innocentium coierint quive ob accusandum vel non accusandum denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperint“. Rein замѣчаетъ, что подкупъ судей стали подводить подъ понятіе crim. falsi лишь въ эпоху имперіи, такъ какъ если-бы это дѣяніе было запрещено l. Cornelia de falsis (80-е г. до Р. X.), то въ такомъ случаѣ не потребовалось бы изданія особаго сенатскаго декрета (73 г. до Р. X.) „si qui sunt, quorum opera factum sit, ut iudicium publicum corrumpere“ (Cicer. pro Clu. 49). На исторіи текста l. Corneliae подробно останавливается проф. А. А. Живиленко, въ соч. Подлогъ документовъ, стр. 26 и слѣд.

также подверглось значительному распространению; подъ это понятіе стали подводить самыя разнообразныя дѣянія, не только заключающія въ себѣ поддѣлку какого нибудь матеріальнаго предмета, но и содержащія въ себѣ элементы лжи, вредной для общественныхъ интересовъ; къ числу такихъ дѣяній слѣдуетъ отнести подкупъ свидѣтелей съ цѣлью заставить ихъ отказаться отъ своего показанія (или даже дать его) и подкупъ судей, принятіе денегъ съ цѣлью вести защиту или давать показанія во вредъ невиновныхъ и т. п.

Размѣръ ответственности за дѣянія, подходящія подъ понятіе «*crimen. repet.*», постепенно видоизмѣнялся. Первоначально это дѣяніе влекло за собою лишь возвратъ неправомѣрно приобрѣтеннаго, затѣмъ (по *l. Aelia*) размѣръ взысканія удвоился, а по *l. Julia* увеличился въ четыре раза ¹⁾.

Равнымъ образомъ, болѣе ранніе законы ничего не говорили о правоограниченіяхъ, но уже въ *l. Servilia*, повидимому, было сдѣлано указаніе на эти послѣдствія

¹⁾ Cod. Theod. XI, 16, 8. ...Si quid autem arbitrio suo descripsit provinciales vel exegerit, in duplum inferet et officium eius quadruplum cogetur expendere, super exigenda condemnatione comite largitionum curante.—*l. 11*: Caveant igitur magnifica auctoritas tua, ne praeter ea quae a mansuetudine nostra patuerit indictae tenuiorum oneret functionem, ut si quis usurpatoria temeritate amplius aliquid fuerit conatus exigere, obnoxius quadrupli repetitione teneatur. Справ. Cod. Iust. X, 48, 8.—Cod. IX, 27, 1: Ut unius poena metus possit esse multorum, ducem qui male egit ad provinciam, quam nudaverat cum custodia competenti ire praecipimus, ut non solum, quod eius non dicam domesticus, sed manipularius et minister accepit, verum etiam quod ipse a provincialibus nostris rapuit aut sustulit, in quadruplum in vitis exsolvat; (срав. Cod. Theod. IX, 27, 3)—*l. 6*: tunc si quis ausus fuerit praebita sacramenta negligere, non modo adversus accipientem, sed etiam adversus dantem accusandi cunctis tamquam crimen publicum concedimus facultatem, quadrupli poena eo qui convictus fuerit modis omnibus feriendo.—Cod. I, 51, 3. § 1: Pro confesso autem tenebitur, qui accusatus huiusmodi personam subtraxerit: eaque in quadruplum restitui iubemus, quae desiderantur ablata, ut duplum spoliatus accipiat, duplum noster fiscus adquirat. Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 728; Rein, ук. соч. стр. 640.

обвинительнаго приговора. Сулла (*l. Cornelia*) вернулся къ прежней системѣ взысканія только неправомѣрно приобрѣтеннаго, а Цезарь, увеличившій размѣръ взысканія, вмѣстѣ съ тѣмъ возстановилъ и правоограниченія ¹⁾. Вслѣдствіе этихъ правоограниченій, осужденный лишался права занимать должности ²⁾, участвовать въ сенатѣ, быть присяжнымъ ³⁾, представителемъ на судѣ и свидѣтелемъ ⁴⁾.

Съ измѣненіемъ характера производства дѣлъ о *crim. repet.* судебныя учрежденія, разсматривавшія ихъ, получили болѣе широкія полномочія въ выборѣ карательныхъ послѣдствій, и обычнымъ послѣдствіемъ осужденія сдѣлалось изгнаніе, сопровождаемое конфискаціей имущества ⁵⁾. Однако не каждого осужденнаго за *crim. repet.* постигали одновременно всѣ перечисленныя кары: и денежныя взысканія, и правоограниченіе и *exilium*, при производствѣ «*extra ordinem*» судъ избиралъ ту или другую мѣру, сообразно съ обстоятельствами дѣла.

¹⁾ Dig. I, 2: Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere quia *l. Julia* repet. hoc fieri vetat. Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 729.

²⁾ Cod. Theod. IX, 27, 1: Iudices, qui se furtis et sceleribus fuerint maculasse convicti, ablatis codicillorum insignibus et honore exuti inter pessimos quosque et plebeios habeantur. Nec sibi posthac de eo honore blandiantur, quo se ipsi indignos indicaverunt. Cod. XII, 1, 12. Справ. Mommsen, ук. соч. стр. 720. Rein, ук. соч. стр. 641.

³⁾ См. выше Dig. I, 9, 2;—XLVIII, 11, 6, 1: Hac lege (*l. Julia* repet.) damnatus testimonium publice dicere aut iudex esse postulare prohibetur.

⁴⁾ Dig. XXII, 5, 15 pr.: repetundarum damnatus nec ad testamentum, nec ad testimonium adhiberi potest. Contra Ulpian. Dig. XXVIII, 1, 20, 5: Eum qui lege repetundarum damnatus est ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in iudicium testis esse vetatur. Также Nov. XC, c. 1. См. также общія послѣдствія правоограниченій: Cod. X, 58, un.,—XII, 1, 2;—Dig. X, 32, 8.

⁵⁾ Dig. XLVIII, 2, 20: Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur.

Еще большей свободой въ этомъ отношеніи пользовался самъ императоръ, если дѣло доходило до его разсмотрѣнія ¹⁾. Въ Nov. CXXIV, посвященной судебному взяточничеству, проводилось какъ было указано выше, различіе между принятіемъ дара при рѣшеніи дѣла уголовного и гражданскаго: наказаніемъ въ послѣднемъ случаѣ былъ штрафъ въ размѣрѣ тройной полученной мзды или двойной обѣщанной и лишеніе должности, для уголовного судьи наказаніемъ служила конфискація и изгнаніе ²⁾. Лиходатель въ этомъ случаѣ подлежалъ равной со взяточникомъ отвѣтственности, но сознание, имъ сдѣланное, освобождало его отъ отвѣтственности ³⁾.

¹⁾ Dig. XLVIII, 11, 7, 3: *Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel, licet, non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem vel quem punire non debuerant? capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.* По предположенію Rein'a, конфискація примѣнялась лишь тогда, когда намѣстникъ приобреталъ все свое имущество въ провинціи. Rein, ук. соч. стр. 640; Mommsen, ук. соч. стр. 731.

²⁾ Nov. CXXIV, c. 2: *qui vero accepit aut promissionem suscepit aut ei probatur, si quidem pecuniaria sit causa, quod quidem datur triplum, quod vero promittitur duplum a comite privatarum exigatur, et dignitatem seu cingulum quod habet in utroque casu amittat. Si autem criminalis sit accusatio confiscationem proprie substantiae patiatur et mittatur in exilium, qui propter acceptionem alienum crimen in se transponi festinavit.*

³⁾ Тамъ же: *Si quis autem ex litigatoribus dixerit dedisse alieni aut promississe, et personam declaravit et hoc probaverit, ipse quidem in eventu litis veniam mereatur.* По мнѣнію Feuerbach'a, (Ueber die Bestech. der Staatsbeamten, рус. пер. стр. 73; ему слѣдуетъ Teichmüller), лиходатель можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности только за falsum, при чемъ онъ подвергается смягченной отвѣтственности. Dig. XLVIII, 10, 1: *Poenae legis Corneliae irrogatur ei... et qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit. l. 21 Dig. h. t.: sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegantur nec bona illis auferantur.* Обычное же наказаніе за falsum см. l. 1 § 13 и l. 33 Dig. h. t. оно заключалось въ „deportatio“ и „omnium bonorum publicatio“ или даже въ „aquae et ignis interdictio“. Болѣе мягкая наказуемость лиходательства, подводимаго подъ понятіе „с. falsi“, не является чѣмъ либо исключительнымъ, ибо Dig. III, 6, 1 § 3: *Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hoc causa litem perire iussit.* Cod

Освобожденіемъ отъ отвѣтственности и другими способами законодатель стремился къ возможно широкому раскрытію злоупотребленій должностныхъ лицъ ¹⁾.

Особенностью «*crimen repetundarum*» было допущеніе иска о возвратѣ неправильно полученнаго не только къ самому виновному, но въ случаѣ его смерти или несостоятельности, къ тѣмъ, кто по тѣмъ или другимъ основаніямъ получили отъ него деньги; наследники же обязывались не только возвратить неправомѣрно приобретенное, но и уплатить штрафъ (по l. Julia—четверной) ²⁾.

VII, 49, 1: *Constitut in quacumque causa sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposerit, т. е. лиходатель только терялъ свой искъ.* Справедливо замѣчаніе Фейербаха, что „наказаніе за это преступленіе (crim. repet.) по римскому праву въ томъ видѣ, въ какомъ оно является по кодексу Юстиніана, частью вовсе неопредѣленно, частью опредѣлено неполно, вслѣдствіе чего „наши судьи вынуждены были при рѣшеніи дѣлъ руководствоваться или собственнымъ разумѣніемъ, или колеблющимися судебными обычаями или, наконецъ, часто сбивчивыми и двухмысленными толкованіями юристовъ“ (тамъ же, стр. 73, 74). Но Nov. CXXIV, c. 2, а также Cod. IX, 27, 6 говорятъ объ одинаковой отвѣтственности какъ взяточника, такъ и лиходателя.

¹⁾ См. напр. Cod. IX, 27, 4: *Iubemus hortamur, ut si quis forte honorarium decurionum possessorum, postremo etiam colonorum aut cuiuslibet ordinis a iudice fuerit aliqua ratione concussus, si quis scit venalem de iure fuisse sententiam, si quis poenam vel pretio remissam vel vitio cupiditatis ingestam, si quis postremo quacumque de causa improbum iudicem potuerit approbare, is vel administrante eo vel post administrationem depositam in publicum prodeat, crimen deferat, delatum approbet, cum probaverit, et victoriam reportaturus et gloriam.*

²⁾ Обращеніе требованія о возвратѣ къ наследникамъ, въ случаѣ несостоятельности самого осужденнаго, было допущено въ l. Sarvilia; см. Cic. pro Rob. Post. IV, 9: *Est enim haec causa, quo ea pecunia pervenerit, quasi quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae... Lex aequa est. Iubet (l. Julia) persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperis, qui damnatus sit, pervenerit. Si est hoc novum in lege Julia, sicuti multa sunt severius scripta, quam in antiquis legibus, et sanctius; indicatur sane etiam consuetudo huius generis iudiciorum nova. Sin hoc totidem verbis translatus caput est, quod fuit non modo in Cornelia; sed etiam ante in lege Servilia... Dig. XLVIII, 13, 16: *Publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur, nec immerito, cum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur.* Dig. XLVIII, 2, 20. Къ наследникамъ искъ можетъ*

Имущество, приобретенное вопреки законамъ о «сrim. repet.», подобно имуществу похищенному, могло быть отобрано даже отъ добросовѣстнаго владѣльца. Искъ о возвратѣ долженъ быть предъявленъ въ теченіе года со дня ухода отъ должностнаго лица ¹⁾).

Преслѣдованіе возбуждалось только въ случаѣ оконченнаго преступнаго дѣянія, покушеніе для этого было недостаточно.

Если подѣ вліяніемъ полученныхъ денегъ должностное лицо учиняло что-либо незаконное, то потерпѣвшему открывался для преслѣдованія двоякій путь: или за «сrimen repetund.» или за учиненное подѣ вліяніемъ подкупа преступленіе ²⁾).

Такимъ образомъ, римскому праву былъ извѣстенъ обширный и разнообразный кругъ злоупотребленій долж-

быть предъявленъ въ теченіе года со дня смерти должностнаго лица—Dig. XLVIII, 11, 2: Datur ex hac lege et in herede actio intra annum dum taxat a morte ejus qui arguebatur. Реин полагаетъ, что наслѣдники отвѣчали лишь въ размѣрахъ неправомѣрно полученнаго и не были обязаны уплачивать четвертное вознагражденіе. См. ук. соч. стр. 641.

¹⁾ Cod. Thod. IX, 27, 7: Unusquisque procurator, praepositus gynaeccei, tabularius susceptor colonus vel quicumque se a comite domorum meminerit esse concussum, cum ipse cui pecuniam numeraverit administratione decesserit, intra anni spatia ad iudicium spectabilitatis tuae quidquid dederit repetiturus adcurrat, ut prosit pensionibus, quidquid ille reddiderit. Sin vero ex tempore depositae administrationis praestituti temporis curricula transfluxerint, nulla vox advocacionis emergat, sed ipsos procuratores praepositos colonos tabularios susceptores obnoxios ad solutionem iubemus arsari. Cod. IX, 27, 5.

²⁾ Напр. при учиненіи насилія—за crim. vis: „Lege Julia de vi publica tenetur, qui, cum imperium potestatemve haberet, civem Romanum adversus provocationem necaverit verberaverit iusseritve quid fieri aut quid in collum intecerit. ut torqueatur...“ (Dig. XLVIII, 6, 7).—„Ex senatus consulto Volusiano, qui inprobe coeunt in alienam litem, ut quidquid ex condemnatione in rem ipsius reductam fuerit, inter eos communicaretur, lege Julia de vi privata tenentur“. (Dig. XLVIII, 7, 6);—за crim. de sicariis: „Lege Cornelia de sicariis tenetur, qui, cum in magistratu esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus permissum non sit“. (Dig. XLVIII, 8, 4). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ было выше сказано, имѣлась возможность преслѣдованія за crimen falsi; см. Dig. XLVIII, 10, 1 и tit. 13, 2.

ностныхъ лицъ, были ему извѣстны и отдѣльныя дѣйствія должностныхъ лицъ, входящія въ составъ взяточничества и лиходеательства, но представленія о нихъ, какъ о самостоятельныхъ дѣяніяхъ, какъ о delicta sui generis римское право не успѣло выработать; оно подводило ихъ подѣ очень широкія и очень разнообразныя по своему содержанію crimen rerum repetundarum, crimen falsi и др.; только понятіе вымогательства—concussio успѣло въ эпоху имперіи выдѣлиться въ самостоятельный деликтъ. Расчлененіе обширныхъ по своему объему и разнообразныхъ по содержанію преступныхъ дѣяній—продуктъ позднѣйшаго времени, эпохи рецепціи римскаго права.

ГЛАВА II.

Каноническое право.

Определения канонического права о должностных преступлениях оказали мало влияния на последующее законодательство, такъ какъ церковь для своихъ должностныхъ лицъ создала свою особую дисциплину, покоящуюся на иныхъ основаніяхъ, отличныхъ отъ тѣхъ, которыя устанавливаются государствомъ для своихъ должностныхъ лицъ ¹⁾.

Каноническое право въ своихъ источникахъ не различало, строго говоря, должностныхъ преступлений отъ дисциплинарныхъ провинностей, хотя возникновеніе послѣднихъ связывается именно съ каноническимъ правомъ ²⁾; въ памятникахъ церковнаго законодательства и тѣ и другіе предусматриваются вмѣстѣ. Къ должностнымъ преступленіямъ относились только такіе проступки клириковъ, которые заключались въ нарушеніи духовнымъ лицомъ, какъ служителемъ церкви, его публичныхъ обязанностей въ отношеніи къ мірянамъ. Къ области же дисциплинарной каноническое право относило отчасти нарушеніе предписаній, ограждающихъ достоинство и нравственную непорочность образа жизни духовенства и церковнаго строя жизни, отчасти нарушеніе правилъ

внутренняго церковнаго управленія, не имѣвшее уголовно-правоваго значенія ¹⁾.

Въ области уголовно-наказуемыхъ дѣяній каноническое право не отмѣняло нормъ свѣтскаго права и въ частности римскаго, а только дополняло его въ тѣхъ случаяхъ, когда оно оказывалось недостаточнымъ. Такъ, наряду съ понятіемъ взяточничества въ томъ видѣ, какъ оно было выработано въ римскомъ правѣ, каноническое право выработало специальное понятіе симоніи-взяточничества въ сферѣ церковной ²⁾; отрывки изъ источниковъ римскаго права, относящіеся къ взяточничеству, въ декретѣ Граціана составляютъ заключительную часть первой *questio*, посвященной симоніи ³⁾. Но несмотря на это воспроизведеніе постановленій римскаго права о взяточничествѣ, въ отношеніи къ нему каноническаго права замѣтно отклоненіе отъ началъ римскаго права. Прежде всего специальныя опредѣленія каноническаго права говорятъ только о судебномъ взяточничествѣ. Они встрѣчаются въ декретѣ Граціана, въ 6-й книгѣ декреталій (*L. sext. decret*) и въ сборникѣ позднѣйшихъ декреталій (*Extrav. commun.*) и имѣютъ болѣе характеръ инструкцій и обращеній къ совѣсти, какъ напр. «*Non licet judici vendere justum iudicium, etsi liceat advocato vendere justum patrocinium et jurisconsulto rectum consilium. Qui recte judicat et proemium renumerationis expectat, fraudem in Deum perpetrat, quia justitiam, quam gratis impertire debuit, acceptione pecuniae vendit. Bonis male utuntur, qui pro temporali lucro juste judicaret. Tales quippe ad veritatem non justitiae defensio, sed amor proemii provocat; quibus si spes nummi subtrahitur, confestim a justitiae confessione recedunt. Unde et pro justo dicitur: «Qui*

¹⁾ Katz, S. 128.

²⁾ О симоніи см. В. Н. Ширяевъ—Религіозныя преступленія, стр. 95

³⁾ с. 126—130, с. 1, qu. 1.

¹⁾ Meves, H.-H. B. III, 916; Alkalay, S. 10—11; Gonset, p. 29.

²⁾ P. Labes, Die Disziplinargewalt d. Staates über seine Beamten, S. 1.

excutit manus suas ab omni munere, iste in excelsis habitabit» (с. 66 С. XI qu. 3) ¹⁾.

¹⁾ См. также с. 78 С. XI, qu. 3: Quot modis humanum iudicium pervertitur. Quatuor modis humanum iudicium pervertitur: timore, dum metu potestatis alicuius veritatem loqui pertinescimus; cupiditate, dum premio animum alicuius corrumpimus; odio, dum contra quemlibet adversarium molimur; amore, dum amico vel propinquo prestare contendimus. с. 15 § 1 XIV, qu. 5: Sed non ideo debet iudex vendere iustum iudicium, aut testis verum testimonium, quia vendit advocatus iustum patrocinium et iurisperitus verum consilium. Illi enim inter utramque partem ad examen adhibentur: isti ex una parte consistunt. Cum autem iudicia et testimonia, que nec iusta et vera vendenda sunt, iniqua et falsa venduntur, multo sceleratius utique pecunia sumitur, quia scelerate etiam, quamvis a volentibus, datur... Decretal. lit. III, tit. 1 de vita et honestate cler. cap. X: ...Ideoque mandamus atque praecipimus, quatenus ab huius modi exactionibus de cetera abstinentes vigorem iudicarium gratis studentis litigantibus impertiri, non obstante, quod in fraudem a quibusdam proponitur quod id exigatur nemine assessorum, quum nec iustum iudicium iudici vendere liceat, et venales sententiae ab ipsis etiam saecularibus legibus reprobentur. (Innocentius III, 1198 r.). Sexti Decretal. I, I, tit. 3, cap. 11, § 4: Insuper, ut gratis et cum omni puritate iudicium coram ipso procedat, nullum munus vel quicquid aliud, nisi forsitan esculentum vel poculentum mera liberalitate oblatum, quod paucis consumi possit diebus, vel nisi, quum ipsum propter causam tibi commissam contigerit extra suum domicilium proficisci, moderatas expensas recipere ab eisdem partibus qualiter cunque praesumat, provisurus attente, quod in ipsis expensis modum nequaquam excedat, nec plus ab una parte quam ab alia exigat, quum commune gerat negotium utriusque; quodque, ubi causae sibi commissae utilitas vel necessitas non exegerit, occasionem propter habendas expensas proficiscendi extra domicilium non assumat; sed et, ubi notabiliter fuerint pauperes litigantes, etiam pro expensis nil prorsus exigat ab eisdem. Sexti Decretal. lib. II, tit. 14, de sententia et re iudicata. cap. 1. ...caveant ecclesiastici iudices et prudenter attendant, ut in causarum processibus nil vindicet odium vel favor usurpet, timor exsulet, praemium aut expectatio praemii iustitiam non evertat, sed stateram gestent in manibus, lanceas appendant aequo libramine, ut in omnibus, quae in causis agenda fuerint, praesertim in concipiendis sententiis et ferendis, prae oculis habeant solum Deum, illius imitantes exemplum, qui querelas populi tabernaculum ingressus ad Dominum referebat, ut secundum eius imperium iudicaret. Si quis autem iudex ecclesiasticus, ordinarius aut etiam delegatus, famae suae prodigus et proprii persecutor honoris, contra conscientiam et contra iustitiam in gravamen partis alterius in iudicio quicquam fecerit per gratiam vel per sordes, ab executione officii per annum noverit se suspensum, ad aestimationem litis parti, quam laeserit, nihilominus condemnandus, sciturus, quod, si suspensione durante damnabiliter ingresserit se divinis, irregularitatis laqueo se involvet secundum canonicas sanctiones, a qua non nisi per summum Pontificem poterit liberari, salvo aliis

Можетъ быть, благодаря такому суженію понятія взяточничества, представленію о немъ только какъ о дѣяніи, нарушающемъ интересы правосудія, сдѣлалось возможнымъ связать воедино дѣятельность взяточника и лихоателя, разсматривать ихъ какъ совиновниковъ одного и того же дѣянія, хотя въ то же время границы наказуемости того и другого не совпадали.

Въ Extrav. commun. lib. V, tit. X de sententia excommunicat., cap. 1, содержащей опредѣленіе нѣкоторыхъ элементовъ состава дѣянія и границъ отвѣтственности, взаимоотношеніе взяточника и лихоателя характеризуется какъ «pactum», договоръ, соглашеніе ¹⁾.

constitutionibus, quaedam iudicibus male iudicantibus poenas ingerunt et infligunt. Dignum est enim, ut qui in tot praesumit offendere poena multiplici castigetur, (Innocentius IV in concilio Lugdunensi).

¹⁾ Extrav. commun. lib. V, t. X de sententia excommunicat., cap. 1. Bonifac. VIII: Excommunicamus et anathematizamus ex parte Dei... omnes clericos, religiosos et laicos utriusque sexus sive sint familiares curiae sive alii undecunque, qui aliquod pactum fecerint, seu aliquid parvum vel magnum promiserint, vel promissionem receperint, aut ex pacto sive promissione occulta vel manifesta, facta sub generalibus et plenarie non expressis, sive sit sub specialibus et expressis aperte verbis, quicquam dederint aut receperint magnum vel parvum, vel promissionem de quacunque re aut utilitate propter hoc consequenda fecerint vel pro aliqua iustitia sive gratia, pro se aut pro alio in causis vel iudiciis seu alias per literas apostolicas et quibuscunque modis apud sedem apostolicam obtinenda.

Et hanc sententiam ad promittentes et acceptantes, dantes et recipientes duximus extendendam. Illos quoque, qui aliquem sciverint culpabilem in praedictis, et nobis intra dierum trium spatium non retulerint, vel alicui, per quem ad nos verbum fideliter perferatur, simili decernimus sententiae subiacere. Decernimus etiam, ut nullus, hanc incurrens excommunicationes sententiam, pro praedictis vel aliquo praedictorum absque speciali mandato nostrae absolutionis beneficium valeat obtinere, nisi forsitan ad nos habere accessum non posset, in mortis articulo constitutus. Nec etiam ad absolutionis gratiam admissatur, nisi prius quantum dedit vel recepit, integraliter pauperibus largiatur. Iustitiam vero sive gratiam sic obtentam nullius prorsus esse momenti volumus, omnique statuimus carere effectu et robore firmitatis. Sed et scienter utentes ipsis simili sententia excommunicationis adstringimus, et reservantes nobis absolutionem eorum cum praemissis omnibus ad poenas similes obligamus (1295 r.).

Изъ такого представленія о взаимоотношеніи взяточничества и лиходеательства вытекаетъ опредѣленіе взяточничества, даваемое этому дѣянію Кацемъ: «учи- няетъ это дѣяніе тотъ, кто съ помощью какого либо средства вліяетъ на исходъ процесса въ пользу или во вредъ одной изъ сторонъ» ¹⁾).

Виновникомъ этого объединеннаго дѣянія могъ быть прежде всего судья, принимающій или требующій при- ношеній или, по крайней мѣрѣ, обѣщанія вознагражденія, въ формѣ денегъ или иныхъ выгодъ, а затѣмъ и всякое вообще лицо, обращающееся къ судѣ съ предложеніемъ дара или обѣщаніемъ его, въ цѣляхъ повліять на исходъ процесса въ свою пользу или въ пользу кого либо третьяго—«pro se aut pro alio» и во вредъ другой сто- ронѣ; такимъ образомъ, лиходеателемъ могъ быть не только лицо, участвующее въ процессѣ. Лиходеатель стремится оказать вліяніе на исходъ процесса съ по- мощью подарковъ или обѣщанія ихъ судѣ. Самый ха- рактеръ приговора т. е. его соотвѣтствіе въ формаль- номъ и матеріальномъ отношеніи требованіямъ закона для отвѣтственности взяточника - судьи значенія не имѣетъ. «Acceptio nummorum praevaricatio veritatis est» ²⁾). Уже одно ожиданіе судьей платы за приговоръ способно потрясти правосудіе, такъ какъ даже при совершенно правильномъ съ точки зрѣнія закона приговорѣ и отсут- ствіи всякаго обмана, должно существовать предполо- женіе, что судья сообразовалъ свой приговоръ съ ожи- даемой наградой: «Qui recte judicat et proemium renume-

¹⁾ Katz, S. 148; другой исследователь уголовнаго каноническаго права München, Das kanonisches Gerichtsverfahren und Strafrecht, 1866 г. ограничивается лишь краткими замѣчаніями о подкупѣ въ связи съ раз- смотрѣніемъ вопроса о falsum; онъ упоминаетъ только о тѣхъ видахъ под- купа обвинителя, свидѣтелей и судей, которые въ римскомъ правѣ подво- дились подъ понятіе cr. falsi (т. II, стр. 538—539).

²⁾ c. 66 c. XI qu. 3.

rationis expectat, fraudem in Deum perpetrat, quia justitiam, quam gratis impertiri debuit, acceptione pecuniae vendit. Bonis male utuntur, qui juste pro temporali lucro judi- cant» ¹⁾).

Каноническое право говорило какъ о взяточниче- ствѣ—подкупѣ, такъ и о взяточничествѣ—вознагражденіи; оно имѣло въ виду принятіе дара или обѣщанія его за будущій приговоръ, который только еще будетъ произ- несенъ, и принятіе вознагражденія за приговоръ уже произнесенный; такое именно значеніе имѣетъ выраженіе: «vendere iudicium» ²⁾).

Въ виду этого, если судѣ дается или обѣщается даръ съ единственнымъ желаніемъ, чтобы онъ судилъ по справедливости, безпристрастно, независимо отъ инте- ресовъ той или другой стороны, то въ такомъ случаѣ лиходеатель не подлежитъ отвѣтственности: «si simpliciter det ei, ut juste judicet, non peccat» ³⁾). Такимъ образомъ, взяточникъ-судья подлежитъ отвѣтственности за приня- тіе дара или обѣщанія его, независимо отъ характера приговора, который онъ произноситъ подъ вліяніемъ подкупа или за который онъ получаетъ вознагражденіе; лиходеатель же наказуемъ лишь въ случаѣ склоненія судьи съ помощью взятки къ произнесенію приговора незаконнѣрнаго. Кромѣ того лицо, давшее судѣ даръ съ тѣмъ, чтобы тотъ судилъ безпристрастно, могло тре- бовать свой даръ обратно: «Ille tamen solet tamquam male

¹⁾ Тамъ же.

²⁾ Katz, ук. соч. стр. 148; contra—Alkalay (стр. 12), полагающій, что каноническому праву было извѣстно только взяточничество - подкупъ; по его мнѣнію Katz допускаетъ противорѣчіе, такъ какъ признаетъ виновни- комъ того, „welcher den Ausgang eines Prozesses ...durch irgendwelche Mittel beeinflusst“. Опредѣленіе дѣянія Katz'a можетъ быть дѣйствительно не вполне точно, но отсюда еще не слѣдуетъ, что признавалось наказуемымъ лишь взяточничество-подкупъ.

³⁾ Gl. expectat. k. c. 66 C. 11 qu. 3; Katz, S. 149, Alkalay S. 12, K. Hofmeister, S. 10.

sibi ablatam pecuniam repetere, qui justum judicium emit, quoniam venale esse non debuit» ¹⁾). Повліять на приговоръ возможно лишь до его произнесенія, поэтому вознагражденіе судьи послѣ приговора, ранѣе не обѣщанное и вообще не имѣвшееся въ виду не считалось наказуемымъ лиходеательствомъ ²⁾), но, конечно, не освобождало отъ отвѣтственности за взяточничество судью.

Такимъ образомъ, каноническое право, выработавшее широкое понятіе симоніи, наряду съ этимъ содержало спеціальныя постановленія о судебномъ взяточничествѣ. Не отдѣляя взяточничества отъ лиходеательства, каноническое право однако намѣчало различныя границы для ихъ наказуемости: признавая наказуемымъ взяточничество, независимо отъ характера судебного приговора, его законности или незаконности, каноническое право облагало наказаніемъ лиходеательство лишь при условіи намѣренія со стороны лиходеателя склонить судью, вопреки требованіямъ закона, въ свою пользу или пользу третьяго лица.

Самый даръ можетъ заключаться какъ въ деньгахъ, такъ и въ другихъ выгодахъ: «reserperint magnum vel parvum, vel promissionem de quacunque re aut utilitate», при чемъ размѣръ дара значенія не имѣетъ. Дѣяніе почитается оконченнымъ для взяточника съ момента принятія дара или обѣщанія его; для лиходеателя же съ момента передачи дара или выраженія обѣщанія его передать; фактическаго принятія предлагаемаго дара для окончанія лиходеательства не требуется.

Наряду съ непосредственными участниками дѣянія, взяточникомъ и лиходеателемъ, — отвѣтственности подле-

¹⁾ Extrav. commun. lib. V, tit. X de sententia excommunicat, c. 1.

²⁾ Arg. c. 1 Extravag. commun. lib. V, tit. X de sentent. excom. Katz, S. 150.

жали какъ недоносители, такъ и лица, сознательно воспользовавшіяся приговоромъ, произнесеннымъ подъ вліяніемъ подкупа. Наказаніемъ за взяточничество-лиходеательство для мірянъ являлась excommunicatio, для клириковъ — suspensio ab officio.

ГЛАВА III.

Германское право.

I. Древне-германское право.

Въ специальныхъ монографіяхъ о взяточничествѣ и въ общихъ сочиненіяхъ при разсмотрѣніи даннаго вопроса авторы обычно отъ изложенія римскаго и каноническаго права переходятъ къ обще-нѣмецкому праву, оставляя въ сторонѣ эпоху народныхъ правъ—*leges barbarorum* и другіе памятники ранняго средневѣковья, несмотря на то, что въ нихъ есть упоминаніе о должностныхъ преступленіяхъ вообще и о взяточничествѣ въ частности. Исключеніе въ этомъ отношеніи составляетъ Алкалай, удѣляющій вниманіе этимъ памятникамъ законодательнаго творчества, и слѣдующій за нимъ, хотя и не всегда удачно, Гонсе.

Между тѣмъ остановиться на разсмотрѣніи памятниковъ этой эпохи представляется умѣстнымъ особенно потому, что Биндингъ усматриваетъ въ нихъ проведеніе особой германской точки зрѣнія на это дѣяніе, противоположной римской. Сущность ея Биндингъ усматриваетъ въ признаніи наказуемымъ лишь взяточничества—подкупа, съ цѣлью склоненія къ неправосудному рѣшенію¹⁾.

Дѣйствительно, *leges barbarorum* смотрятъ на взяточничество довольно узко и упоминаютъ только объ

¹⁾ Обезпеченіе интересовъ правосудія, нарушаемыхъ подъ вліяніемъ корыстныхъ мотивовъ, и какъ послѣдствіе этого признаніе наказуемымъ судебного взяточничества можно наблюдать и въ болѣе раннихъ памятникахъ русскаго права. См. выше, ч. I, гл. II, 1, стр. 75 и слѣд.

одномъ его видѣ. именно о взяточничествѣ—подкупѣ судебномъ. Нѣкоторое отступленіе отъ этого начала представляетъ I. Burgundionum, проникнутый, по мнѣнію Биндинга, романистическими началами¹⁾.

Lex Burgundionum говоритъ о взяточничествѣ въ предисловіи—*praefacio*; тутъ прежде всего указывается «*ut integritas et aequitas iudicantium a se omnia proemia vel corruptiones excludat*», далѣе предписывается, чтобы всѣ административные и судебные органы поступали такъ: «*nullus aliquid de causis vel iudiciis proemii aut commodi nomine a qualibet parte sperat aut praesumat accipere*». При неправосудномъ рѣшеніи законъ различаетъ, послѣдовало ли оно безсознательно («*per simplicitatem aut negligentiam*») или умышленно²⁾. Въ первомъ случаѣ, если неправосудное рѣшеніе произошло вслѣдствіе недостатка познаній или изъ за небрежности, виновный подлежитъ штрафу въ размѣрѣ 30 солидовъ. Умышленное неправосудіе предполагается во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ судья былъ подкупленъ. Такого судью законъ караетъ смертной казнью, даже въ томъ случаѣ, если онъ судилъ вполне законно.

Постановленія исключительно о судебномъ взяточничествѣ—подкупѣ содержатся въ слѣдующихъ *leges barbarorum*.

Lex Ripuaria въ tit. 90 (88) «*ut nemo munera in iudicio accipiat*» содержитъ такое опредѣленіе относительно взяточничества: «*Hoc autem consensu et consilio seu paterne traditione et legis consuetudine super omnia iubemus, ut nullus optimatum, major domus, domesticus, comes, can-*

¹⁾ Binding, L. B., II, 2, S. 714.

²⁾ «*Si quis sane iudicium, tam Barbarus, quam Romanus, per simplicitatem aut negligentiam (praeventus forsitan) non ea, quae leges continent, indicavit et ea corruptione alienus est, XXX solidos Romanos se noverit inlatum, causa denuo discussionis partibus indicanda*».

cellarius vel quibus libet gradibus sublimatus, in provincia Ripuaria in iudicio residens munera ad iudicium pervertendum non recipiat. Quod si quis in hoc deprehensus fuerit, de vita componat» ¹⁾).

Такимъ образомъ, законъ рипуарскихъ франковъ угрожалъ смертной казнью судѣ, принимающему подарки съ цѣлью «iudicium pervertendum». На сколько можно судить по тексту закона для состава дѣянiя вовсе не требуется, чтобы судья дѣйствительно допустилъ неправосудіе, достаточно одного намѣренiя, одной готовности поступиться долгомъ, вынести подъ влiяніемъ подкупа неправосудное рѣшеніе; такимъ образомъ здѣсь предусматривается только единственный видъ взяточничества — взяточничество подкупъ, съ цѣлью склонить судью къ неправосудному рѣшенію ²⁾).

Остготскому праву былъ извѣстенъ также только этотъ видъ взяточничества, но оно различало принятіе судей дара въ гражданскомъ и уголовномъ дѣлѣ и сообразно съ этимъ устанавливало послѣдствiя. По эдикту Теодориха гражданскому судѣ за взяточничество грозилъ штрафъ, судѣ уголовному — смертная казнь ³⁾).

Lex Baiuvariorum прежде всего устанавливаетъ тѣ требованiя, которымъ долженъ удовлетворять судья,

¹⁾ F. Walter. Corpus iuris germanici antiqui, I, 192.

²⁾ Гонсе, у котораго этотъ отдѣлъ представляетъ довольно близкое воспроизведеніе соответствующаго отдѣла Аалаа, въ данномъ случаѣ неправильно понялъ послѣдняго и передалъ постановленіе l. Ripuaria такъ, какъ будто для примѣненiя смертной казни было достаточно одного намѣренiя принять даръ (стр. 31—32).

³⁾ Art. 1 ...statuimus, ut si iudex acceperit pecuniam, quatinus adversus caput innocens contra legis et iuris publici causa iudicaret, capite puniatur.

Art. 2. Iudex, si pecuniam contra statum aut fortunas cuiuslibet, ut sententiam proferret, acceperit, et ex hac re sub iusta fuerit examinatione convictus, in quadruplum quod venelitatis studio acceperit, exsolvat, illi profuturum contra quem redemptus docebitur tulisse sententiam.

qualis iudex fieri debeat ¹⁾), а затѣмъ назначаетъ судѣ-взяточнику штрафъ въ количествѣ 40 солидовъ въ пользу фиска и кромѣ того обязываетъ его къ возмѣщенію потерпѣвшему вреда въ двойномъ размѣрѣ ²⁾).

По l. Visigothorum къ судѣ, который въ силу подкупа допускаетъ погибнуть невинному, примѣняется начало таліона: онъ также подвергается смертной казни; если, наоборотъ, судья освободитъ кого либо отъ заслуженнаго имъ наказанiя смертной казнью, то онъ долженъ уплатить потерпѣвшему отъ преступленiя семерную цѣнность полученнаго дара и кромѣ того теряетъ свою должность ³⁾).

Кромѣ этого наиболѣе тяжкаго случая, соединеннаго съ причиненіемъ смерти, вестготское право постановляло, что судья, который «per quodlibet male iudicaverit» обязанъ уплатить потерпѣвшему стоимость спорнаго предмета, который также возвращался послѣднему; при невозможности для судьи возмѣститъ этотъ ущербъ онъ подвергался наказанію въ формѣ 50 ударовъ кнута ⁴⁾).

¹⁾ Tit. II, cap. XVII: Iudex autem talis ordinetur, qui veritatem secundum hoc edictum iudicet. Non sit personarum acceptor, neque cupidus pecuniae; perit lex cupiditatis amore. Proemia et dona legibus vires tulerunt. Impunita manet male vivendi licentia. Propterea talis constituatur iudex, qui plus diligit iustitiam, quam pecuniam.

²⁾ Tit. II, cap. XVIII: Iudex, si accepta pecunia, male iudicaverit, ille qui iniuste aliquid ab eo per sententiam iudicantis abstulerit, ablata restituat. Nam iudex qui pecuniam perperam iudicaverit, in duplum ei, cui damnum intulerat, cogatur exsolvere, quia ferre sententiam contra legum nostrarum statuta praesumpsit, et in fisco cogatur 40 solidos persolvere.

³⁾ Lib. VII, tit. IV, cap. 5.—Si iudex criminibus faciat, criminosum absolvat.—Si iudex quolibet beneficio corruptus aliquem innocentem occiderit, simili morte dampnetur. Si vero eum, qui morte dignus est criminosum absolverit, septuplum quantum pro eius absolutione acceperat, illi cui erat culpabilis, cogatur exsolvere. Et de iudiciaria potestate repulsus infamia, a sibi successore iudice distringatur, ut eum quem relaxavit praesentet in iudicio, qualiter de crimine convictus poenam excipiat, quam meretur. F. Walter, Corpus, II, 569.

⁴⁾ L. Visigothorum, l. II, tit. I, cap. XV.—Si iudex per commodum aut per ignorantiam iudicet causam; iudex si per quodlibet commodum male iudi-

Въ другихъ *leges barbarorum* нѣтъ особыхъ опредѣленій о взяточничествѣ, а говорится только о неправосудіи, при чемъ не указывается, было-ли это неправосудіе допущено судьей подъ вліяніемъ подкупа или нѣтъ; такъ напр. *lex Salica* (tit. LX de *rachimburgiis* § 3) говоритъ только о «*non secundum legem iudicare*» и виновника неправосудія караетъ штрафомъ въ 15 солидовъ. По *l. Alamannorum* (tit. XLI, § 2) судья произносящій неправосудныя рѣшенія, помимо возмѣщенія вреда, приговаривается еще къ уплатѣ 12 солидовъ въ пользу потерпѣвшаго ¹⁾).

Изъ разсмотрѣннаго матеріала, содержащагося въ *leges barbarorum*, видно, что всѣ они, за исключеніемъ *l. Burgundionum*, имѣютъ въ виду лишь взяточничество-подкупъ судебное, осложненное неправосудіемъ, а въ качествѣ карательнаго послѣдствія устанавливаютъ возмѣщеніе вреда или простое (*l. Alamannorum*), или двойное (*l. Baiuvariorum*), или многократное (*l. Ostgothorum*, art. 2), или семерное, сопровождаемое потерей судебной должности (*l. Wisigothorum*). По *l. Baiuvariorum* судья былъ обязанъ, помимо возмѣщенія вреда, уплачивать въ пользу

caverit, et cuiunque iuste quidquam auferri praeceperit; ille quia iudice ordinatus ad tollendum fuerat destinatus, ea quae tulit restituat. Nam ipse iudex contrarius aequitati, aliud tantum de suo, quantum afferri iusserat, mox reformet: id est ablatae rei simpla redintegratione concessa, pro satisfactione suae temeritatis aliud, quantum auferri praeceperat, de sua facultate, illi quem iniuste dampnaverat, reddat. Quod si non habuerit unde componat, tantum quantum abstulit saltem vel id ipsum, ex toto quod habere videtur, illi quem dampnaverat pro omni compositione restituat. Quod si ex omnibus nihil rerum habuerit, unde compositionem exsolvat, L flagella publice extensus suscipiat. Si autem per ignorantiam iniuste iudicaverit, et sacramento se potuerit excusare, quod non per amicitiam vel cupiditatem aut per quodlibet commodum, sed tantummodo ignoranter hoc fecerit, quod indicavit non valet et ipse iudex non implicetur in culpa. F. Walter, II, 434.

¹⁾ *l. Alamannorum*, tit. XLI, § 2: Si autem per cupiditatem aut per invidiam alicuius aut per timorem contra legem iudicaverit, cognoscat se delinxisse et duodecim solidis sit culpabilis cui iniuste iudicavit, et quod per illum damnum passus est iniuste, ille iudex restituat ei.

фиска штрафъ въ количествѣ 40 солидовъ, а по *l. Ripuaria* послѣдствіемъ взяточничества могла быть смертная казнь судьи-взяточника.

Капитуляріи содержатъ по преимуществу наставленія и сентенціи моральнаго характера со ссылками на авторитетъ Священнаго Писанія; нормъ юридическихъ, формулировавшихъ понятіе взяточничества, тутъ не встрѣчается; какъ и въ *leges barbarorum* законодатель и здѣсь имѣетъ въ виду исключительно взяточниковъ и ничего неговоритъ о лиходеятельствѣ и отвѣтственности за него ¹⁾).

¹⁾ См. напр. *l. Capitula Synodi Vernensis*, edita a Pippino Rege et ab Episcopis, anno DCCXV. Ut Episcopi et alii Iudices pro iustitia facienda sportulas non accipiant—cap. XXV. Ut nec Episcopus, nec Abbas, nec ullus laicus, pro iustitia facienda sportulas contradictas accipiat, quia ubi dona intererunt, iustitia evacuat. T. III, 36.

2. *Capitulare Aquisgranense sive capitulare primum anni DCCLXXXIX. De Iudicibus Omnibus*. LXI. Ut quibus danda est potestas iudicandi, iusto iudicent, sicut scriptum est: Iuste iudicate, filii hominum. Non in muneribus, quia munera excoecant corda prudentium, subvertunt verba iustorum. Non in adulatione, nec in consideratione personae, sicut in Deuteronomio dictum est: Quod iustum est iudicate. Sive civis sit ille, sive peregrinus, nulla sit distantia personarum, quia Dei iudicium est. Primum namque iudici diligenter discenda est lex a sapientibus populo composita, ne per ignorantiam a veritate erret. Et dum ille rectum intelligit iudicium, caveat ne declinet aut per adulationem aliquorum, aut per amorem cuiuslibet amici, aut per timorem alicuius potentis, aut propter proemium, a recto iudicio. Rectum autem et honestum videtur ut iudices ieiuni causas audiant et discernant. T. III, 66.

3. *Capitulatio de partibus Saxoniae*. Ut munera super innocentem nullus accipiat. XXVIII. De proemiis et muneribus, ut munera super innocentem nullus accipiat. Et si quis hoc facere praesumerit, forte Comes hoc fecerit, honorem suum perdat. T. III, 108.

4. *Capitulare wormaltense anni DCCCXXIX. De Scabinis*, qui propter munera et amicitiam iniuste iudicant, IV. Volumus, ut quicumque de Scabinis deprehensus fuerit propter munera aut propter amicitiam iniuste iudicasse, ut per fideiussores missus ad praesentiam nostram veniat. De caetero omnibus Scabinis denuntiatur ne quis deinceps etiam iustum iudicium vendere praesumat. T. III, 382.

5. *Capitul. Lotharii*. Tit. III, cap. 24. Volumus, ut nullus Cancellarius pro ullo iudicio aut scripto aliquid amplius accipere audeat, nisi dimidiam libram argenti de maioribus scriptis, de minoribus autem intra dimidiam libram, quantum res assimilari possit, et iudicibus recte videtur. De orpha-

Саксонское зеркало не содержало никаких постановлений относительно взяточничества, напротивъ въ Швабскомъ зеркалѣ, въ гл. 71: «Wie man rihter welen sol» было предусмотрено специально взяточничество судебное. Для его состава необходимо принятіе дара судьей съ опредѣленной цѣлью вынести неправосудное рѣшеніе; судья обязанъ возмѣститъ потерпѣвшему причиненный ущербъ по добровольному съ нимъ соглашенію (nach rehte oder nach minnen); въ пользу же потерпѣвшаго отъ неправосуднаго рѣшенія поступалъ и даръ, полученный судьей ¹⁾.

II. Обще-нѣмецкое право.

Скудные постановленія о взяточничествѣ, содержавшіяся въ *leges barbarorum* и въ другихъ памятникахъ средневѣковаго германскаго права, были явно недостаточны и, конечно, не могли удовлетворять требованіямъ усложняющейся и развивающейся жизни. Тѣмъ болѣе значеніе приобретали нормы рецепированнаго римскаго

nis autem vel caeteris pauperibus, qui exsolvere hoc non possunt, in providentia Comitum sit, it nequaquam inde aliquid accipiant. Notarii autem hoc iurare debent, quod nullum scriptum falsum faciant nec in occulto. nec de uno Comitatu in alio, nisi per licentiam ipsius Comitum, in cuius Comitatu stare debet. Si vero necessitas in itinere aliquem compulerit, aut infirmitas gravis secundum Capitulare Genitoris nostri fiat. Si Notarius aliter fecerit, illud quod fecerit appareat inane et vacuum. T. VI, 650—651.

¹⁾ § 8: Swelich rihter gut nimet von einem, der ureht hat, und wider einen ret, der reht hat, der... hat gotes hulde verloren. Und ist das in got ermant, daz erz wider tun wil: so sol er daz gut, daz im jener da gap umbe ureht, dem niht wider geben, der imz da gap; wan der gap im dar umbe, dazer im unrehtes hulfe wider daz reht. Da von gap er ez santlichen und schantlichen. Da nam ez der rihter als übel. Da von sol ez im niht wider werden. Der rihter sol ez dem wider geben, dem daz unreht geschehen ist. Der rihter ist im ouch schuldic alle sinen schaden ze geltenne, der im da von geschah. Da von sufn sich die rihter hueten, daz si iemant unreht tun oder gestaten ze tunc. Ein ieglich rihter der sich gegen got rehtvertigen wil, der sol sich bedenken, wa er gut ze unrehte genommen habe, und wem er gut ze unrehte verloren habe. Dem sol er wider geben nach rehte oder nach minnen*.

права (Dig. XLVIII, 11; Cod. IX, 27; Nov. 124 и др.), но и онѣ не могли быть примѣняемы въ своемъ первоначальномъ видѣ: отчасти онѣ также были недостаточны, отчасти не соответствовали новымъ условіямъ государственной жизни ¹⁾. Практика судебная не могла удовлетвориться этими опредѣленіями римскихъ источниковъ и должна была оказать большое вліяніе на выработку понятія взяточничества. Не находя въ постановленіяхъ мѣстнаго права и въ источникахъ римскаго права отвѣта на возникавшіе въ практикѣ вопросы, судьи вынуждены были въ соответствующихъ случаяхъ часто рѣшать дѣла по собственному усмотрѣнію или на основаніи взглядовъ извѣстныхъ правовѣдовъ. Такимъ путемъ на основѣ положеній римскаго права была выработана система должностныхъ преступленій и создана конструкція взяточничества и лиходеательства ²⁾.

Всѣ должностныя преступленія въ обще-нѣмецкомъ правѣ распадались на три группы: «*Amtsmissbrauch*», «*Veruntreuung*» и «*Verletzte Rechtspflicht*»; подъ понятіе «*Amtsmissbrauch*» подводилось злоупотребленіе властью въ собственномъ смыслѣ, вымогательство, угнетеніе невиннаго и взяточничество ³⁾.

Понятіе взяточничества не совпадало вполне съ понятіемъ *crimen repetund.*; такъ какъ послѣднее было гораздо шире и обнимало вообще всякое неправомѣрное полученіе денегъ, а съ другой стороны—взяточничество и особенно лиходеательство (подкупъ) подводились также подъ понятіе *crim. falsi* и карались на основаніи *l. Julia de falsis*.

Въ отличіе отъ римскаго, обще-нѣмецкое право по

¹⁾ Feuerbach, Lehrbuch, стр. 199; Haelschner, НВ. II/2, стр. 1014.

²⁾ См. Feuerbach, Ueber die Bestechung der Staatsbeamten, рус. пер. въ Жур. гражд. и уголов. права, 1884 г. кн. 14, стр. 74.

³⁾ Meves, НН. II/2, стр. 917. Справ. Temme, LB § 237, стр. 384.

примѣру каноническаго и, вѣроятно, не безъ вліянія послѣдняго, объединило эти понятія взяточничества и лиходеательства и это объединенное изъ двухъ преступныхъ дѣяній преступленіе опредѣляло то какъ видъ «*crim. repet.*» то какъ «*crim. corruptionis*», то какъ «*crimen barattariae*»¹⁾. Объединеніе взяточничества и лиходеательства видно изъ опредѣленій, даваемыхъ этимъ преступленіямъ доктриною; такъ напр. Boehmer опредѣляетъ *crim. barattariae* слѣдующимъ образомъ: *Crim. repet. seu barattariae, quod committunt ii, qui in munere publico constituti, ob iudicandum decernendumve pecuniam accipiunt, quo magis, vel minus officio suo satisfaciunt. (l. 1, 4, 5, ad l. Jul. repet.). Immo non accipientes solum, verum dantes quoque eius criminis rei sunt. l. f. C. ad l. Jul. repet.*²⁾. Слѣдуетъ обратить также вниманіе на связь взяточни-

¹⁾ Feuerbach, LB. § 479. b.

²⁾ См. Boehmer, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, 1757 г § CCCXLVIII. Koch (Institut. juris criminal. Jenae, 1791): Qui in magistratu officioque publico quocumque constituti, muneribus se adigi patiuntur, quo magis vel minus officio suo satisfaciunt, crim. repet. s. barattariae committunt. Immo et dantes eius criminis rei habentur. (§ 633). Kramer (Versuch einer system. Darstellung d. peinl. Rechts, 1798): zu dem Begriffe der Amtsbestechung gehören Fälle, nämlich ein im Amte stehender, ein Beamte... thut für eine gegenwärtige oder künftige Belohnung: 1. etwas an sich erlaubtes, auch für seine Person erlaubtes, das er aber ohne diesen Vortheil vi officii gratis hätte thun müssen; 2. etwas, das den Pflichten seines Amtes zuwider ist. Die Amtsbestechung (crim. repet.) hat das besondere mit der Amterschleichung gemein, dass beyde allezeit zwei handelnde Subjekte erfordern; denn der Geber ist ebenso wohl ein Verbrecher als der Nehmer, ja es können Fälle vorkommen, wo die Imputation bey jenem grösser ist als bey diesem, obgleich der eingekehrte Fall in der Regel ist. Наконецъ у Martin'a находимъ опредѣленіе взяточничества „als desjenigen Staatsverbrechens, dessen ein im öffentlichen Dienste Angestellter, durch Annahme unerlaubter Vortheile, welche, um ihn zu seiner Amtstätigkeit zu bestimmen, oder davon abzuhalten, gewährt oder auch nur versprochen wurden, sich eben so wohl schuldig macht, als Derjenige, welcher dergleichen in dieser Absicht verspricht, oder in der That gewährt. (Lehrbuch d. Deutschen gemeinem Criminalrechts, 1829 г. § 223).

чества съ вымогательствомъ¹⁾, которая въ болѣе поздней литературѣ ослабѣваетъ и вымогательство разсматривается уже особо²⁾.

Наименованіе взяточничества «*crim. barattariae*» ведетъ свое происхожденіе отъ итальянскихъ юристовъ³⁾,

¹⁾ Такъ по мнѣнію Grollmann'a, das crim. repet. wird von jedem Staatsbeamten begangen, welcher sich, sey es mit oder ohne Erpressung, irgend einem Vortheil, in Beziehung auf seine Amtsverbindlichkeit, gewähren oder versprechen lässt, auf welchen er nicht, nach der Organisation seines Amtes, Ansprüche hat. (§ 361—Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1825 г.). Также Dabelow (Lehrbuch d. deut. gem. peinl. Rechts, Halle, 1807 г.): Crim. repetund. seu barattariae besteht darin, dass öffentliche Beamte mit Hinsicht auf ihre Amtsverbindlichkeit rechtswidrig, sey es mit oder ohne Erpressung, irgend einem Vortheil annehmen oder sich auch nur versprechen (§ 279, I). Hilliger (De concussionibus, § LVIII) замѣчаетъ „cognatum concussionis quoque est corruptio... Ambo itaque haec crimina non adeo natura distincta sunt. sed usu venire utrumque in Iudice ac officialibus conspicies. Si quidem, concussio his inest active, corruptio vero passive...“ Ch. Wigeleb (De crimine repet. 1666 г.), различая существенный и случайный элементы въ формѣ прест. дѣянія, усматриваетъ первый „in accceptione pecuniae, ut accipiens officium suum magis minusve expediet“. случайный же элементъ заключается въ томъ, что не затрагиваетъ сущности преступленія: „forma accidentalis est, quae repetundarum essentiam non attingit et potest adesse et abesse citra eius destructionem eaq; sit vel per violentiam, tumq; proprie dicitur concussio, vel per contractum quae vocatur corruptio“ (п 14, 24).

²⁾ Напр. Abegg (Lehrbuch, § 494) признаетъ вымогательство видомъ злоупотребленія власти (Missbrauch der Amtsgewalt); также Tittmann, Handbuch, § 241.

³⁾ Таково мнѣніе большинства; см. напр. Carmignani, *Juris elementa*, II, 59; Carrara, *Programma*, p. sp., t. V. § 2545; нѣкоторые указываютъ на французское происхожденіе этого термина, напр., Hirschfeld (De Barattaria, germ. von Bestechung der Richter, 1743 г.): „Et est vocabulum barattaria origine sua non latinum, sed vel Italicum vel gallicum, potest enim deduci vel ab Italico barattamento, quod idem est ac deceptio vel dolus, vel a gallico baratier sive barateur, quod idem ac deceptor, atque talis dicitur barattarius, qui propter pecuniam vel aliud quid justitiam baractat, hoc est permutat“.—Facilides (De crimine repetund. Vitembergae, 1801 г.): „Vocatur praeterea crimen Barattariae et iudex corruptus Barattarius, vel a voce Italica barattare i. e. sordide vivere, pecunia corrumpere, commutare iustitiam scilicet cum pecunia, vel a voce Gallica barater, quae ambae frandulentum designant commercium“. Отсюда по его мнѣнію и двойное наименованіе: то barattaria, то baratereria (стр. 3).—Lassius (De crimine barattariae sive repet. Vitembergae, 1729 г.):—Dicitur etiam crimen

но относительно его этимологического значенія высказы-
ваются различныя предположенія: нѣкоторые производятъ
это выраженіе отъ «baractum», что должно быть пони-
маемо въ смыслѣ: «permutatio pecuniae cum iustitia»,
(Carmignani), другіе отъ «barattamento» т. е. deceptio или
dolus (Lyncker, Hirschfeld), или «barattare» т. е. sordide
vivere, pecunia corrumpere, commutare iustitiam cum pecunia
(Bechmann, Hilliger, Facilides, Lossius) ¹).

Взяточничество признавалось однимъ изъ наиболѣе
тяжкихъ дѣяній, оно приравнялось оскорбленію вели-
чества, смсншіи, убійству и святотатству: «connumeratur
hoc crimen, замѣчаетъ F. Decianus, inter magnas et capi-
tales causas, licet etiam in minimo committatur, et aequipa-
ratur crimini laesae Majestatis et Symoniae... Item aequipa-
rat hoc crimen assassinio... ²). Munera enim excaecant oculos

Barattariae. quae vox sine dubio illi saeculo, quo literae ad interitum vergebant
barbariesque totum quasi obduxerat orbem eruditum. originem debet. Deducitur
autem vel a verbo Italico barattare, quod Italis fallere significat, vel etiam a
Gallico baratter vel bareter, quae ambo fraudulentum expriment commercium".
Lyncker высказываетъ предположеніе о германскомъ происхожденіи этого
термина: „Unde Italis barattamento, permutatio, Barattaria idem est ac deceptio
vel dolus, et barattiere deceptor vel depostor. Speidel in Speculo Notabili-
um hac voce, quod vocabulum nonnulli a Germanico Verräthercy deducunt
vide Part. Litig. Libr. 1, cap. 12, n. 11 (Tractatio de barattaria, Jenae, 1684 г.,
cap. 1, § 1).

¹) См. Aeg. Bossii (Tractatus varii, 1574 г.): Quare vulgus appellet
hoc crimen sub hoc nomine barattariae, quae tam est... quam fit quoddam barat-
tum pecuniae cum iustitia (Tit. de officialibus corruptis pecunia... n. 2).—Bech-
mann (De barattaria, Jenae 1672 г.): Est itaque vocabulum barattaria voca-
bulum barbarum, teste Decian. in tract. crim. lib. 8, cap. 33. n. 9. Barattare
olim idem fuit quod commutare, quasi quod iustitia cum pecunia commutetur.
Itali quoque et hodie isto vocabulo utuntur, et apud eos denotat venditionem
rei alienius jure atque LL. non permissum. Usis sunt hoc vocabulo Jetti supe-
riorum, quando hoc crimen nominare voluerunt. Elegantius tamen... Repetundae
vocatur. (Cap. 1, 2). Hilliger (De concussionione, Lipsias 1675 г.); Cognatum
concussionis quoque est corruptio, quae et alius vocatur barattaria, quod est
vocab. italicum descendens à barattare, quod est commutare, quia Index hic
munus suum cum muneribus commutat (§ LVIII).

²) См. T. Decianus—Tract. criminalis, 1591 г. lib. VIII, cap. XXXVI,
n. 1, 2. Также повторяетъ Bechmann (De barattaria, Jena 1672 г.): numeratur

sapientum... mutant verba justorum, говоритъ тотъ же
авторъ въ другомъ мѣстѣ (cap. XXIXV, n. 14). Въ мѣстѣ
съ тѣмъ это дѣяніе имѣло, повидимому, весьма широкое
распространеніе; Facilides приводитъ жалобу незнакомца
автора въ 1589 г.: «mit leeren Fäusten kann mann jetzt
in Rechtssachen nicht mehr ausrichten» ¹).

A. Leyser замѣчаетъ: «nec hodie infrequens esse id
crimen, experientia docet quotidiana» ²).

Дѣянію этому удѣлялось большое вниманіе и док-
триной. Помимо рассмотрѣнія его въ общихъ сочиненіяхъ,
оно послужило предметомъ специальной разработки въ
нѣсколькихъ монографіяхъ, правда, не особенно значи-
тельныхъ по своему содержанію ³).

autem hoc crimen inter maximas et capitales causas (secund. Bald. in l. 4 § 2
quaest. 11, ff. de offic. procons.), quamvis etiam in minimo committatur iuxta.

¹) Facilides—De crimine repet. § 1. У него же приведена злая эпи-
грамма на правосудіе, относящаяся, впрочемъ, къ болѣе позднему времени:

„Was hilft es der Gerechtigkeit,
Die Augen zu verbinden?
Umsonst ist da das Band;
Wollt ihr sie besser binden.
So bindet ihr die Hand“.

Эта эпиграмма напоминаетъ пѣсенку прокурора Хватайки изъ „Ябеды“
(1796 г.) Калниета:

„Бери, большой тутъ нѣтъ науки;
Бери, что можно только взять.
На чтожь привѣшены намъ руки,
Какъ не на то, чтобъ брать?“

²) См. Leyser.—Meditationes ad Pandectas, Spec. DCXV, XXVI.

³) Таковы работы: Christ. Wiglebe—De crimine repetundarum,
Lipsiae 1663 г., Ioh. Christophorus Wexius—Dissertatio de repetun-
darum crimine 1653 г., Bechmann—De barattaria, Jenae, 1672 г., Ioh.
Philippi Lynckeri—Tractatio de barattaria, Jenae, 1684 г., H. Bodi-
nus—De barattaria, 1688 г., Corol. David. Lossius—De crimine barat-
taria sive repetundarum. Vitembergae, 1729 г., Ioh. Gerhardus Hirsch-
feld—De barattaria, german. Von Bestechung der Richter. Witttembergae,
1743 г., C. H. Facilides—De crimine repetundarum, Vitembergae, 1801 г.—
О взяточничествѣ говорятъ также работа Ioh. Gottfried Hilliger—De con-
cussionione, Lipsiae. 1675 г. Ср. противоположное мнѣніе Анциферова въ пре-
дисловіи къ переводу ст. Фейербаха, О покупкѣ; Жур. Гр. и Уг. Пр.,
1884 г., кн. VI, стр. 63.

Материаломъ для этихъ работъ служило. по преимуществу, римское и затѣмъ каноническое право.

Constitutio Criminalis Carolina упоминаетъ о должностныхъ лицахъ лишь въ трехъ случаяхъ: 1) при праеуагисаціи—о procurator'ѣ (art. 115), 2) при освобожденіи заключеннаго—о тюремномъ надзирателѣ (art. 180), и 3) о судѣ (art. 205). Но эта статья, какъ замѣчаетъ Boehmer, не имѣетъ никакого отношенія ко взяточничеству ¹⁾.

Изъ болѣе позднихъ имперскихъ законовъ о взяточ-

¹⁾ C. C. C. art. 205: Item wir seind bericht, wie an etlichen enden missbraucht werde, dass die Richter vonn eynes jeden übelthätters wegen, so peinlich gestrafft wirdet, sondere belonung von dem ankläger begern und nemen, das gantz wider das ampt und wirde eynes Richters, auch das recht und alle billicheyt ist, wann eyn solcher Richter wo er von jedem stuck sein belonung het, mücht dem nachrichter derhalb wol zuvergleichen sein. Darumb wollen wir, dass füro alle solche Richter keyn belonung von den Klägern fordern, oder nemen sollen. См. Boehmer, Meditationes ad C. C. C. art. 205 § 2: Multo minus ex hoc textu crim. repet. elici potest.—Также Lyncker, стр. 23; Engau—§ 545. Tittmann, Handbuch, § 240; Wächter, Lehrbuch, § 219. Напротивъ Meister полагаетъ, что здѣсь имѣется въ виду взяточничество на томъ основаніи, что Р. Н. Г. О. въ art. art. 17, 61, 70, 73, 83, 204, 206, 219 опредѣленно устанавливаетъ сборы въ пользу судьи и проч. служащихъ, здѣсь же, въ art. 205, запрещается взимать всякое иное вознагражденіе, выходящее за границы сборовъ, о коихъ шли рѣчи въ предыдущихъ art. art., а взиманіе такого вознагражденія представляется проступкомъ противорѣчащимъ праву, справедливости, долгу и достоинству судьи. Анциферовъ, отмѣчая, что „Каролина даже не называетъ это преступленіе (взяточничество) своимъ именемъ“, что „безъ сомнѣнія именно эта неполнота закона, въ свою очередь, открывала римскому законодательству широкій доступъ въ практику того времени“, дѣлаетъ затѣмъ нѣсколько неожиданный выводъ, что „то обстоятельство, что кодексъ, проникнутый во всѣхъ другихъ отношеніяхъ вліяніемъ римскаго права, въ вопросѣ о взяточничествѣ оказался неподчиненнымъ этому вліянію—ясно указываетъ, что римское законодательство по этому предмету начало утрачивать значеніе непосредственнаго источника“ и что „собственно съ эпохи Каролины надлежитъ считать начало того періода въ развитіи западнаго законодательства о взяточничествѣ, который характеризуется болѣе или менѣе самостоятельнымъ направленіемъ“ (ук. ст. стр. 8). Впрочемъ, этотъ выводъ не мѣшаетъ автору, подчеркивая, что „Терезіана представляетъ собою кодексъ глубоко проникнутый вліяніемъ римскаго законодательства“, признать ее „выпуклымъ пунктомъ въ исторіи западнаго законодательства“ (ук. ст. стр. 12).

ничествѣ говорить Kammer - Gerichts - Visitationsabschied 1713 г., § 46, вызванный необходимостью усилить отвѣтственность за судебное взяточничество; своими постановленіями онъ восполняетъ отчасти пробѣлы, оставленные римскимъ правомъ, отчасти подтверждаетъ постановленія послѣдняго ¹⁾.

Онъ содержалъ запретъ судѣ принимать «einiges Geschenk oder Nutzen es sey vor oder nach ergangenem Urtheile, unter was Schein oder Vorwand, directe oder undirecte». За нарушеніе этого запрета виновный подвергался штрафу въ пользу фиска въ размѣрѣ тройной цѣны полученнаго или двойной цѣны обѣщаннаго и кромѣ того лишался своей должности и чести.

Виновными въ подкупѣ могли быть какъ сами тяжущіяся стороны, такъ и ихъ адвокаты, повѣренные и просители (Advocaten, Procuratoren и Sollicitanten), которые «durch so unredliche Wege die Justiz zu erkauffen, oder aber auch nur die Beförderung der an sich sonsten gerechten Sach suchen».

Наказаніемъ для адвокатовъ и повѣренныхъ было смѣщеніе съ должности (Amtsentsetzung) и лишеніе чести, безъ надежды на помилованіе, а для тяжущихся—уплата штрафа въ пользу казны въ двойномъ размѣрѣ данной мзды и «roenae arbitriae».

Каралось не только оконченное взяточничество, но и покушеніе, каковымъ признавалось предложеніе мзды и недонесеніе судей о сдѣланномъ предложеніи; судья подлежалъ въ этомъ случаѣ «roenae arbitriae», а предложившій мзду—уплатѣ штрафа въ двойномъ размѣрѣ предложенной мзды; если же предложеніе было сдѣлано черезъ адвоката или повѣреннаго, то послѣдніе должны были уплатить сумму предложенной мзды изъ своихъ

¹⁾ Martin, LB. § 221; Leyser—Spec. DCXIX, Corrol., Abegg, § 491.

средствъ и кромѣ того подвергались временной «suspensio»; въ болѣе тяжкихъ случаяхъ они могли быть подвергнуты и лишенію чести («mit Verlust der Ehren abgeschafft werden» ¹⁾).

Основные элементы взяточничества—лиходательства и связаннаго съ ними вымогательства сводились къ слѣдующему.

Въ основѣ опредѣленія круга возможныхъ виновниковъ взяточничества лежало положеніе римскаго права, въ силу коего таковымъ виновниковъ могъ быть тотъ, «qui in magistratu, potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio, munere ministeriove constitutus, ob iudicandum decernendumve pecuniam accipit, quo magis aut minus quid ex officio suo faciat» ¹⁾.

Нѣкоторые авторы, недовольствуясь этимъ общимъ опредѣленіемъ, даютъ болѣе или менѣе подробный перечень всѣмъ возможнымъ виновникамъ взяточничества, въ числѣ коихъ оказываются самыя разнообразныя категоріи ²⁾.

¹⁾ Срав. Dorn, Versuch eines praktischen Kommentars über d. peinl. Recht, стр. 732.

¹⁾ Подробный анализъ этого опредѣленія дѣлаетъ Facillides, указ. соч., стр. 4—6.

²⁾ Такъ, напр., J. Chr. Wexius называетъ въ качествѣ возможныхъ виновниковъ: 1. Magistratus, подъ которымъ понимается „persona publica, quae est cum aliquo imperio, vel iurisdictione saltem propria“; они могутъ быть трехъ родовъ: urbani, provinciales, и municipales; 2. Legati... qui lecti publice, quarum opera consilioque uteretur peregre magistratus, quive nuncii senatus aut populi essent; 3. Duces; 4. Comites, Judicum, qui comitabantur Proconsules Praesides et Procuratores Caesaris in provincias euntes; 5. Iudices pedones; 6. Caeteri in universum omnes, qui in aliquo officio, munere vel ministerio publico constituti sunt. Къ нимъ Wexius присоединяетъ также cohortales magistratum какъ то: praefecti, scribae, medici, accensi, haruspices, praecones. Кромѣ того и нѣкоторые частныя лица: „ex accidenti tantum subjectum constituere videntur“, какъ напр., arbitri и друг. (п. 23, 24, 28, 33, 34 и сл.). Наконецъ, „sunt et alii privatae conditionis, qui et ipsi huius criminis fieri possunt, ut 1. consocii et socii huius sceleris... 2. quilibet, qui ob negotium faciendum vel non faciendum, pecuniam accipiunt... item ob accusandum vel non

Но на основаніи приведеннаго выше опредѣленія взяточничества можно заключить, что виновникомъ взя-

accusandum... ob denuntiandum testimonium vel non... 3. Revelantes sententiam sive mentem iudicis, pecunia accepta.—Tib. Decianus расширяетъ кругъ возможныхъ виновниковъ, причисляя къ нимъ посредниковъ въ полученіи денегъ, хотя называетъ ихъ дѣланіе: „injuria“: „Quinimo tenebitur talis pecuniam accipiens vel dans iudici non conscio de his injuriarum, l. item apud Labeonem, § item ait, f.f. de injuriis. Ubi quod qui per pecuniam vendit eventum sententiae, fustigatur, quia facit injuriam ei, cuius sententiam vendit, ut per Bar. ibi quem text. Aug. ibidem dicit notandum contra advocatos, procuratores et alios, dicentes se amicos iudicis, et pecuniam ideo recipiunt, ut sententiam et opinionem eorum venentur, quod et saepe faciunt meretrices, ut refert ibi exemplum, et ideo omnes hi tenentur injuriarum. (Lib. VIII, c. XXXV, п. 27). По мнѣнію Hirschfeld'a: „Concernit igitur L. Julia repet. in genere omnes, qui cum aliquam potestatem habent, sive aliquo officio ministeriove publico funguntur, pecuniam vel aliud quicquam accipiunt, quo magis aut minus quid eorum officii faciant... quod non tantum praememoratae species officialium, sed et hi qui ob denuntiandum vel non denuntiandum, remittendum vel non remittendum, ferendumve vel non ferendum testimonium, ob accusandum vel non accusandum pecuniam acceperunt... Per analogiam quoque tutores et curatores, pupillos et minores, qui eorum tam ratione personae, quam rerum, potestati et curae sunt subjecti, defraudantes, hac lege tenentur, eorum enim munus et officium quasi publicum est. (Contra Waechter, LB., стр. 472).—Nec Advocati immunes sunt ab hoc crimine, quando prohibitam advocacionem suscipiant... Aequali modo Magistratus et potestatem aliquam habentes non tantum ipsi... sed et comites et qui ex cohorte eorum sunt, Assessores, Secretarii, Notarii... quod quoque de sociis, consociis vel complicitibus aliis, qui aequae, ac iudex vel officialis ipse lege repetundarum conveniuntur... quales sunt uxor officialis, domestici, manipularii, ministri etc. quod enim quis per alium facit per se ipsum fecisse videtur... adeo ut officialis, qui ipse ut innocens fit, provideat, ergo et ministros suos ab omni injuria continere debeat.—Наконецъ, Koch, полагаетъ, „commiti igitur potest id crimen non solum a iudice et magistratu, sed omnibus, qui officio publico praesunt (§ 634). Speciatim criminis repet. rei fiunt: a. administratores fisci, qui pro hoc, ut creditoribus fisci id, quod eis debetur, persolvant, munera accipiunt; immo et tunc, quando solutionem debitorum vel stipendiorum, aerarii inopiam praetexentes, tam diu differunt, donec creditores vel beneficiarii, morae pertaes partem accipiendo, apochas tamen super accepta integra summa dant, atque sic reliquum administratori donant. b. Legati ministrive, qui durante legatione sua, aut infecto adhuc, quod his commissum fuit negotio, ab extere Principe, cum quo negotium gerunt, munera vel etiam annuas pensiones ab aliis exteris Principibus accipiunt. (§ 635). Справ. Leyser, Medit. ad Pandect, ad lib. XLVIII, Spec. DCXIX, c. XI, XII; также Meister. Principia juris, § 360.—У Aeg. Bossius'a, Tib. Decianus'a, Iod. Damhouder'a, Jul. Clarus'a, въ качествѣ возможнаго виновника указывается главнымъ образомъ iudex и весь вопросъ о взяточничествѣ разби-

точничества могло быть должностное лицо, которое лично или через своих близких принимает мзду за выполнение каких-либо служебных обязанностей или за упущение того, что ему надлежало выполнить. При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что судебное взяточничество не выдѣлялось изъ общаго понятія, хотя случаи подобнаго злоупотребленія въ области суда и являлись преобладающими.

Разработавъ съ большою тщательностью вопросъ о виновникахъ преступнаго дѣянія и рядъ другихъ вопросовъ, которыхъ коснемся ниже, доктрина оставила почти безъ вниманія основной вопросъ, требующій разслѣдованія при анализѣ отдѣльных преступныхъ дѣяній,— это вопросъ объ объектѣ преступления. Въ болѣе позднихъ работахъ можно встрѣтить лишь общее указаніе на нарушеніе въ данномъ случаѣ служебнаго долга, служебныхъ обязанностей и только ¹⁾. Въ чемъ заключаются эти послѣднія и въ чемъ состоитъ ихъ нарушеніе, объ этомъ ничего не говорится. Самое понятіе объекта преступления по отношенію къ данному дѣянію получаетъ не всегда правильный смыслъ, такъ напр. Wigeleb замѣчаетъ, что «objectum est vel materiale vel formale: illud censetur pecunia, cuius vocabulo generaliter omnia, quibus divitiae constant venire... sive sint corporalia mobilia vel immobilia, sive incorporalia. Formale est illa ipsa pecunia in hanc finem accepta, ut officium expediatur vel non» ²⁾.

рается примѣнительно къ взяточничеству судебному. Carpzov (Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium, 1677) замѣчаетъ: „Quo non modo de iudicibus, pro tribunali sedentibus sed et J. Ctis, Scabinis, aliisque peritis, de iure respondentibus, intellectum velim, ut nimirum hi malitia, odio aut amore pecuniae, scienter et dolose falso respondentes, de falsi crimine convicti, poena falsi plecti debeant“. (Pars II, qu. XCIII, n. 56). Carmignani, ук. соч. II, § 779, I.

¹⁾ См. напр., Quistorp, ук. соч. § 420; Klein, ук. соч. § 530; Wächter, ук. соч. стр. 472.

²⁾ См. ук. соч. Sect. II, п. 18.

Другой изслѣдователь этого вопроса Lyncker различаетъ пассивнаго субъекта—*adversus quos hoc delictum perpetratur* (сар. IV), и объектъ, подъ которымъ онъ понимаетъ то, что должностное лицо можетъ и чего не можетъ принимать въ качествѣ мзды за свои служебныя дѣйствія (сар. V).

Оба автора далеко стоятъ отъ дѣйствительнаго пониманія объекта преступления. Но на ряду съ подобнымъ разсужденіемъ у Т. Decianus'a мы находимъ замѣчаніе, правда, бѣглое, но вѣрно подмѣчающее сущность взяточничества, какъ одного изъ должностныхъ преступленій. Онъ говоритъ: «Nota tamen, quod atrocitas huius criminis consistit in receptione pecuniae: nam si per gratiam vel aliter magistratus abutitur officio suo, non tam atrox erit delictum... т. е. злоупотребленіе своимъ служебнымъ положеніемъ. Вотъ въ чемъ заключается характерная черта должностныхъ преступленій вообще и взяточничества въ частности ²⁾.

— Сущность взяточничества—въ полученіи должностнымъ лицомъ денегъ при исполненіи служебныхъ обязанностей.

Обычнымъ типомъ взяточничества являлось взяточничество-подкупъ т. е. полученіе денегъ должностнымъ лицомъ за учиненіе въ будущемъ какого либо дѣйствія, противорѣчащаго требованіямъ закона: «*corruptio vero a corrumpere venit; in iudice tamen, officario ac testibus remanet, ipsoque non minus afficit, ita ut Iudex munerum aut*

¹⁾ Tib. Decianus. Tract. criminal. c. XXXVI, n. 3. Справ. Faciles, ук. соч. § 5: „ne abutantur potestate sibi concessa, vel, dum unus jura augeant. alterius diminutione commendabilem semper in cives laedant aequitatem“. Leyser (Spec. XCIX Medit. ad Pandect. ad lib. XLVIII, tit. XI de crim. repet.) замѣчаетъ: „Incidit tamen tunc in crim. repetundarum, quando hoc, pro quo quid accipitur vel promittitur, ad officium eius, qui accipit vel stipulatur, pertinet“ (с. IV).

pecuniae gratia quicquam inique iudicet, aut ut officarius inique exequatur, aut testis male testetur»¹⁾.

Но помимо этого, такъ сказать, нормального типа взяточничества законодательству, практикѣ и доктринѣ были извѣстны случаи полученія мзды не только за совершение чего либо, но и за опущеніе, не только за нарушение своего долга, но и за исполненіе его. Такъ напр. Decianus замѣчаетъ: «*Et committitur hoc crimen, sicut ac simonia, etiam si unus tantum numus reciperetur pro ferenda vel non ferenda sententia*» (n. 9) или «*Et generaliter tenetur, quilibet magistratus vel officium gerens, si quid recipit, non tantum ut faciat, sed ac recipiat, ne faciat quid ex officio suo vel plus faciat, aut minus, quam deberet*» (n. 13), также Bechmann говорить: «*Committitur etiam hoc crimen non solum faciendo injustitiam, verum etiam omittendo ea, quae sunt facienda*»²⁾.

Не возникало также сомнѣній относительно недопустимости мзды за совершеніе дѣйствій правомѣрныхъ: «*Ratio legum est,—говоритъ Aeg. Bossius,—quia iudices debent contenti esse stipendio suo publico ac privatis gratis ministrare iustitiam*», поэтому дѣлаетъ онъ выводъ: «*Sive fiat injustitia. propter aurum, sive iustitia, dummodo fiat propter aurum permutatio est baratum, ac iudex dicitur mercator iustitiae*» (n. 2). Тоже подтверждаетъ и В. Carpzov: «*Neque iustum iudicium vendere iudici licet... si quidem acceptio uumorum est veritatis praevaricatio... Et purae manus sunt servandae Deo, Regi ac Legi... Ideoque iudex sive justam sive injustam pronunciarit sententiam, in poenam legis Jul. repet. incidit*»³⁾.

¹⁾ I. Damhouder. c. CXXXII, n. 2.

²⁾ Bechmann, ук. соч. cap. VI, 5. Срав. также Leyser, ук. соч. Spec. DCXIX.

³⁾ См. Pract. nov., Pars. II, qu. XCIII, n. 60; Leyser, ук. соч. Spec.

Обычно мзда уплачивалась впередъ, но иногда лихо-датель ограничивался однимъ обѣщаніемъ вознаградить за оказанную услугу. Принятіе одного такого обѣщанія уже дѣлало должностное лицо отвѣтственнымъ; такъ Tib. Decianus говоритъ: «*Item si promissa tantum fuisset pecunia pacto nudo, vel simplici pollicitatione, ac tamen soluta non fuisset, tenetur iudex hoc crimine*»¹⁾. Впрочемъ отвѣтственность ставилась въ зависимость отъ характера самаго обѣщанія и свойства послѣдующей дѣятельности должностного лица; такъ у того же автора находимъ слѣдующее разсужденіе: «*Sed quid si praecessisset generalis quaedam ac incerta promissio pro sententia ferenda, ac lata fuerit, an dicetur in hoc crimen incidisse?*» Dicendum, quod aut justam tulit sententiam, tunc non tenebitur, aut injustam, tenebitur. Atque si certa quantitas promissa fuisset, nullo casu excusaretur»²⁾, т. е. если было обѣщано поблагодарить за услугу и если эта услуга не сопровождалась нарушеніемъ долга, то получившій благодарность не подлежитъ отвѣтственности; напротивъ, если обѣщаніе носило вполне опредѣленный характеръ, то, несмотря на то, что должностное лицо и не нарушало своего долга, оно подвергается отвѣтственности. У позднѣйшихъ писателей это различіе отсутствуетъ и одно обѣщаніе благодарности приравнивается ея полученію; такъ Leyser говоритъ: «*Etiam is magistratus, qui ab initio quidem nihil accipit, nec certum quid stipulatus est, sed tamen spe futuri praemii et remunerationis litigatori plus, quam debebat, favet, in crimen repetundarum incidit*»³⁾. Такимъ образомъ, не

DCXIX, n. 14; Boehmer-Elementa, § CCCXLIX, 3; Meister,—Principia § 360; Koch, § 634, d; Dorn' § 235; Quistorp, § 421; Grolmann, § 361, Bechmann, c. 14, 6; Facillides, стр. 18—19.

¹⁾ Tib. Decianus, ук. соч., lib. VIII, c. XXXV, n. 11.

²⁾ Тамъ же, c. XL, n. 19.

³⁾ Leyser, Spec. DCXIX, n. XIX. Martin (ук. соч. § 222) замѣчаетъ: „Spätere Belohnungen, ohne vorhergegangene Zusicherung, würden hier her nicht gehören, sollten sie auch, an und für sich unerlaubte Geschenke enthalten“.

возникало сомнѣнія относительно наказуемости взяточничества-подкупа, хотя-бы для оказанія услуги лихоходатель ограничился однимъ общаніемъ, а оплатилъ услугу уже позднѣе. Но не одинаково было отношеніе ко взяточничеству—вознагражденію, уплачиваемому уже послѣ оказанной услуги. У Ant. Matthaeus'a мы находимъ такое разсужденіе: «Quid autem, si datum fuerit iudici remunerationis causa non ut facerēt, sed postquam fecisset officium? Bartolus, quem reliqui certatim sequuntur¹⁾, existimavit, remunerandi causa magistratui dari aliquid posse; eo quod remuneratio non sit propria, donatio, quae absoluta liberalitate in donarium conferatur, atque ideo nec insinuatione egeat». Въ противоположность этому «communis opinio» признающему ненаказуемымъ взяточничество-вознагражденіе за оказанныя уже услуги, A. Matthaeus выдвигаетъ авторитетъ Alciatus'a, который, по его словамъ, «verum communem hunc errorem recte notavit», и доказываетъ, что истинный смыслъ закона сводится къ тому: «ne quidem post depositam administrationem, eos pro beneficio tempore administrationis praestito aliquid capere posse: nedum ut durante magistratu aliquid accipere possint». И такое требованіе закона вполне понятно: «nam si remunerari iudices liceret, inescati lucri spe, darent lites secundum locupletiores potius, quam secundum pauperiores: quoniam horum tenuitas lucri spem praecipit»²⁾.

Помимо вопроса о значеніи момента принятія дара

¹⁾ См. напр. Tib. Decianus: „Excusandus etiam erit, si post factum aliquid accepit a sponte dante, intelligendo de munere“... (lib. VIII, c. XL, n. 15). Boehmer, Medit. in C.C.C. ad art. 205, § 1. Martin, § 225; Temme, Lehrbuch, § 238, III.

²⁾ Ant. Matthaeus, ук. соч. tit. VIII, c. 1, n. 8. Lyncker, ук. соч. cap. 6, § 16; Bodinus, ук. соч. Sect. II. thes. 8. Въ виду опредѣленнаго постановленія Visit. Absch. 1713 г. § 6 къ этому взгляду присоединились Feuerbach, § 479. Koch, ук. соч. § 634. b. Quistorp § 421, стр. 635. Klein, ук. соч. § 529. Grolmann, Grundsätze, § 361.

и характера обуславливаемой этимъ даромъ дѣятельности, доктрина удѣлила много вниманія выясненію самаго понятія дара и установленію границъ допустимыхъ приношеній.

Понятіе дара «donum», обнимало съ одной стороны «munera»—«dona sub causa», подношенія должностнымъ лицамъ, въ виду ихъ служебнаго положенія, съ другой стороны—«xenìa»—«munuscula, quae a provincialibus Rectoribus provinciarum offerebantur»¹⁾. Подношенія этого послѣдняго рода съ соблюденіемъ извѣстныхъ условій признавались иногда допустимыми, такъ напр., Aegidius Bossius говоритъ: «Breviter dic, officialem sub nomine officii a nullo recipere posse, sed si recipit ab aliquo, uti ab amico, qui vult sibi donare, licite potest accipere usque ad centum aureos, omnibus computatis, nisi sunt consanguinei usque ad sextum gradum, a quibus potest accipere usque ad infinitum... Adverte quoque, quia esculenta ac poculenta iudices accipere possunt, et non comprehenduntur sub prohibitione d. l. ea lege... Verum tamen non debent ista esculenta ac poculenta excedere centum aureos in anno»²⁾.

Такой же взглядъ выражаетъ и Iod. Damhouder: «Nolunt enim jura ullo modo permittere, ut Iudices, Officiarii aut Commissarii quicquam amplius accipiant praeter constituta stipendia, salaria ac praemia laboribus digna; nisi forte quaedam minutula ac gratitudinis symbola quaeque talia sint, ut ob ea nihil magis, aut minus in iudicio aut executione facienda valere possint: veluti cibaria, aut potabilia, ut leporem, cuniculos, capones, perdices, pavones, phasianos, haleca, mullum, lupum, lucium, muraenam, sturionem, salmonem, ac varia quidem vinorum, ac cerevisiarum

¹⁾ Dorn, ук. соч. стр. 728.

²⁾ См. Aeg. Bossius, ук. соч. tit. de officialibus corruptis pecunia, n. 3.

genera, aut similia levicula, quae intra breve tempus peredi possint et concoqui» ¹⁾).

Tib. Decianus замѣчаетъ: «Quod si amicus aliquid donaret iudici amico amicitiae causa. non ex causa magistratus vel officii, non committitur hoc crimen», но добавляетъ онъ далѣе: «ego sic concilio, ut si in officio recipit ab amico, praesumatur ex officii causa regulariter, nisi qualitas personarum repugnet, ut quia sint integerrimae vitae, vel si concurrunt aliae conjecturae innocentiae» ²⁾). Но затѣмъ даже самыя невинныя подношенія стали признаваться недопустимыми; противъ нихъ возставалъ В. Карповъ: «Ac licet esculenta ac poculenta videantur esse calcar expediendarum litium... Attamen non permittendum, ut vel hac iudices capere possint.. Nam et in minimis est affectio, et ex minimis, si permittantur, facilis ad majora optanda et capienda est via... Quare melius ac tutius est, ut ab hisce iudex. verus iustitiae sacerdos abstineat» ³⁾).

Также строго на подобныя приношенія смотритъ и Leyser: «Corrumpunt iudicem non solum, qui grandia dona, sed et qui munuscula, xenia et esculenta offerunt... Verum enim vero, qui hominum mentes norunt, hi tam munera, quam munuscula in iis flectendis alicuius ponderis esse sciunt. Igitur ac ab his abstinendum est» ⁴⁾). Этотъ взглядъ, отрицающій допустимость всякаго рода приношеній, сдѣлался господствующимъ ⁵⁾).

¹⁾ Iod. Damhouderius, ук. соч. с. CXXXII, п. 9. Срав. также Ant. Matthaeus, tit. VIII, с. 1, п. 9: «Xenia excipiuntur... Sunt autem xenia edulia, quae intra proximos dies prodigi possunt, et hospitibus hospitalitatis gratia dantur: si eduliorum modum excedant, mandatis improbantur». Carmignani, § 783, 3.

²⁾ Lib. VIII, с. XL, п. 8.

³⁾ В. Карповъ, ук. соч. Pars II, qu. XCIII, п. 61. Эту же точку зрѣнія поддерживаетъ и Feurbach, въ ук. раб. рус. перев. стр. 83: «отъ немногаго идетъ дорога ко многому и дозволенное служить маской недозволеннаго».

⁴⁾ Leyser, Sper. DCXV, п. XXVII.

⁵⁾ См. Boehmer, Elementa § CCCXLIX, 5; Meister § 362; Quistorp § 421; Koch, § 634, с. Wächter (§ 221, II) полагаетъ, что принятіе подарковъ не-

Возникалъ, наконецъ, вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли ограничивать понятіе дара полученіемъ денегъ и другихъ матеріальныхъ благъ или оно можетъ быть распространено и на извлеченіе выгодъ иного рода.

По мнѣнію Tib. Decianus'a: «Qui etiam arbitrum corruerit vel pecunia, vel ambitione, tenebitur etiam de dolo...», и далѣе: «Ambitione quoque corrumpuntur iudices, ac aliis quibuscunque affectibus, sicut et pecunia» ¹⁾). Ту же точку зрѣнія отстаиваетъ и Wexius: «Sunt autem eo loco praeter pecuniam omnia, quibus officium iudicis vel magistratus corrumpitur, ut ira, odium, cupiditas, caeterique affectus. His enim homines, nec minus iudices atque magistratus obnoxii sunt, ut nemo mortalium facile inveniatur, qui non eorum impetu saepe abripiatur» ²⁾).

Но Iod. Damhouder отстаиваетъ иной взглядъ: «Sunt Doctores,—говоритъ онъ,—qui volunt concussiones ac corruptiones in Iudice, Officiario, Commissario ac in testibus fieri posse tribus modis: nempe, in corde propter affectum et desiderium: in ore, ob gloriam ac sui praedicationem: in manibus vel operibus, munerum aut pecuniarum gratia: atque ab his tribus convenit omnem Iudicem, Officiarium et testem esse liberum: ultimum puniuntur jura: duo priora divinae punitioni subjecta remanent» ³⁾).

Въ позднѣйшихъ работахъ проводится взглядъ, что хотя даръ можетъ заключаться и не только въ деньгахъ, но все-таки долженъ представлять извѣстную выгоду,

должно быть смѣшиваемо со взяточничествомъ, оно можетъ быть del. sui generis. Также Martin, § 224; Tittmann, Handbuch. § 249, III; Henke, Handbuch, § 193, II. Къ этому взгляду присоединяется также Carrara (Programma, p. sp. t. V, § 2554) по мнѣнію котораго «xenía» было выраженіемъ симпатіи и привѣтствіемъ по адресу вновь прибывшаго намѣстника со стороны всей провинціи и отъ имени всѣхъ ея жителей, а отнюдь не вознагражденіемъ за служебное дѣйствіе.

¹⁾ Tib. Decianus, ук. соч. lib. VIII, с. XXXV, п. 38, 45.

²⁾ См. Wexius, ук. соч. п. 57.

³⁾ Iod. Damhouder, ук. соч. CXXXII, п. 10.

повидимому, матеріальнаго характера; такъ Hirschfeld замѣчаетъ: «*judex enim non tantum dicitur corruptus, si pecuniam, sed etiam si aliam rem vel ex re aliud commodum seu utilitatem sentiat, veluti si litigator judici debitum aliquod remittat... frumentum vel aliud quid gratuito mutuo det... neque interest an commodum tale in donatione, venditione aut locatione consistat, aut si pluris vel minoris venditio vel locatio fiat... quae eo magis videntur in fraudem legis facta... ad quod praecavendum olim magistratibus negotiari plane interdicebatur*»¹⁾.

Для состава взяточничества не имѣло значенія, были ли получены деньги непосредственно должностнымъ лицомъ или при посредствѣ подставныхъ лицъ, посредниковъ—«*interpositis personis, ut pote uxori liberis dari permittant*»²⁾.

Со стороны внутренней взяточничество необходимо предполагаетъ умыселъ; въ виду, можетъ быть, очевидности этого условія о немъ доктрина особо не упоминала и лишь въ болѣе позднихъ трудахъ говорилось о корыстныхъ намѣреніяхъ взяточника³⁾.

Равнымъ образомъ, только позднѣйшіе авторы обра-

¹⁾ Указ. соч. Sect. II, thes. III; Kramer, ук. соч. § 99: „Ob übrigens das Geschenk in baarem Gelde oder sonst einer re besteht, oder ob nur irgend ein Vortheil versprochen oder verschafft ist, verändert an dem Wesen dieses Criminis eben so wenig, als die Form der Gebung“. Понятіе выгоды при взяточничествѣ широко понималось Feuerbach'омъ, который сошелся въ этомъ отношеніи съ Т. Decianus'омъ и Wexius'омъ и средствомъ подкупа признавалъ „все то, что служить къ удовлетворенію чувственности вообще и своекорыстія въ особенности; не только деньги, но и денежныя цѣнности, не только положительная, но и отрицательная выгода, не только выгода имущественная, но и все другое, что является средствомъ къ удовлетворенію честолюбія, тщеславія, чувственныхъ побужденій (Sinnenlust). См. Feuerbach „Ueber die Bestechung der Staatsbeamten“; рус. пер. въ Журн. гражд. и угол. права, 1884 г. № 6, стр. 82.

²⁾ См. Koch, § 634; Quistorp § 421; Grolmann § 361; Carmignani § 782, 2 и друг.

³⁾ См. Dorn, стр. 730; Quistorp § 420; Klein § 530, Martin § 222 и др.

тили вниманіе на моментъ окончанія дѣянія. Нѣкоторые изъ нихъ требовали для этого дѣйствительнаго нарушенія долга и дѣятельности сообразно съ желаніями лиходателя¹⁾. Но съ точки зрѣнія господствующаго взгляда дѣянiе могло почитаться оконченнымъ съ момента принятія обѣщанія или дара (*durch Annahme des Versprechens oder des Einräumens des Vortheils*²⁾).

Въ заключеніе разсмотрѣнія вопроса о взяточничествѣ доктрина останавливала свое вниманіе на вопросѣ о наказуемости его и обстоятельствахъ, вліяющихъ на размѣръ отвѣтственности. Обычно отвѣтственность за взяточничество опредѣлялась, по словамъ Iulius'a Clarus'a, слѣдующимъ образомъ: «*Judex, committens baratariam, privatur officio, quod de praesenti habet, et facultate alia habendi in futurum... praeterea punitur poena legis Juliae repetundarum, scilicet exilio, vel etiam gravius secundum facti... Cogitur etiam persolvere quadruplum eius, quod accipit... sed adverte, quia non semper istud quadruplum applicatur fisco, sed tantum modo, quando versantur turpitudine ex parte utriusque, scilicet dantis et recipientis. Quando autem turpitudine est solummodo ex parte unius, tunc dimidium quadrupli applicatur fisco et dimidium alteri parti*»³⁾.

Boehmer указываетъ, что «*ex germanicarum legum tenore plerumque pecunia, remotione cum infamia in iudices corruptos animadversitur; (vid. LL Wisig. lib. VII, tit. IV, l. 5. Baiur. tit. II, cap. XVIII, Ripuar. tit. LXXXVIII, capite vero, si innocens ad mortem condemnatus. Const. Sicul. tit. XLVI, Edict. Teod. R. c. l. 2). Interim praxim*

¹⁾ См. Lynker, cap. 6, § 14; Bodinus, Sect. II, thes. 7; Tittmann, Handbuch, § 239.

²⁾ См. Wächter, ук. соч. стр. 474—475. Kramer, § 99; Martin, § 222, Abergg; § 492; Henke, стр. 500.

³⁾ См. Jul. Clari, Lib. V § Final. Quaest. LXXIII, n. 2.

huius criminis agnoscit Carpzovius (qu. XCIII), idque in primis remotione ab officio, iuncta relegatione, puniendum putat»¹⁾).

Размѣръ наказанія ставится въ зависимость отъ степени злостности взяточника, умысленности дѣянія и важности вредныхъ послѣдствій²⁾. Напротивъ, обстоятельствами, смягчающими отвѣтственность, признавались получение дара уже послѣ произнесения рѣшенія, отсутствіе непосредственной связи между даромъ и отправляемыми служебными обязанностями, получение дара за полезный совѣтъ, данный еще до начала процесса, и наконецъ, скудость получаемого содержанія, заставляющая приобѣгать къ взяткамъ³⁾. Раскаяніе, обнаруженное судьей, можетъ повліять на освобожденіе его отъ отвѣтственности только въ случаѣ, если оно сопровождалось возвратомъ дара: «Et inter iudicem, quem non solum facti poenituit, verum etiam receptam pecuniam restituit, iustamque sententiam protulit, et hunc utique poenitentia ab omni poena facit immunem»⁴⁾.

Наряду со взяточничествомъ, какъ это видно изъ опредѣленія, признавалось наказуемымъ и лиходеительство.

¹⁾ См. Boehmer, Elem. § CCCL; Engau § DXLV; Dorn § 236; Quistorp § 423; Klein § 530; Kramer § 100.

²⁾ Но отсутствіе вредныхъ послѣдствій не освобождаетъ отъ отвѣтственности: «Neque etiam excusabitur, dato quod tulerit sententiam, quae nemini nocet...» См. Tib. Decian. l. VIII, n. 11).

³⁾ Dorn, ук. соч. § 237. Quistorp § 427, Meister § 314, III. Tib. Decian. lib. III. VIII, cap. XXXVI: «Verum si magistratus, vel officialis non haberet salarium aut aliud, unde posset nutriri, licite posset aliquid recipere et licite ei daretur, modo si non daretur ob injustitiam faciendam... ibi prohibemus accipere a nostris subjectis nisi secundum quod eis administrat Respublica, aut si non est eis aliquod publicum salarium, quantum inculpabilis antiquitas diffinivit, ut a spontaneis ipsis magis, quam ab invitis accipiant, et hoc parum, et quantum eis ad mediocrem sufficit vitae gubernationem».

⁴⁾ Bechmann, ук. соч. с. VI, n. 12, но у Tib. Decianus'a находимъ противоположный взглядъ: «Neque dans, neque iudex recipiens excusabitur per Poenitentiam, etiam re integra sequantam...» (lib. VIII, n. 10).

Оба эти дѣянія неразрывно связывались другъ съ другомъ, какъ бы двѣ стороны одного преступленія. «Corrumpens et corruptus sunt correlativa, ideoque etiam illud, quod in uno dispositum est, dispositum [etiam esse] necesse est in alio»¹⁾).

Лиходатель признавался соучастникомъ взяточника (socius criminis) и подлежалъ отвѣтственности на тѣхъ же основаніяхъ, что и взяточникъ: «Non solum autem recipientes pecuniam tenentur hac lege, sed etiam dantes»²⁾. Такое подведеніе подъ понятіе crim. repetund. лиходеательства казалось нѣсколько непослѣдовательнымъ; по крайней мѣрѣ у Ant. Matthaeus'a находимъ замѣчаніе: «Illud postremo pene tanquam paradoxum notandum, incidere in legem Juliam non solum eum qui accepit, sed et qui dedit... cum tamen ipsa criminis appellatio reclamet, nec repetundarum postulari proprie posse qui dedit, sed qui accepit»³⁾. Но, повидимому, не всѣ случаи лиходеательства подводились подъ понятіе crim. repet.; Leyser называетъ falsarii тѣхъ «litigatores, qui iudicem etiam in bona causa corrumpunt»⁴⁾.

Одна попытка учинить подкупъ и дать взятку разсматривалась, какъ «injuria». «Falsarius eos dicere non audeo,—говоритъ Leyser,—quod conatus effectum non habuit. At quemadmodum femina, cuius puditia attentata fuit, injuriarum actionem habet, L. 9 § 4. L. 10 de injuriis, sic iudex vel assessor iudicii eum, qui tentare ipsum muneribus

¹⁾ Bechmann, ук. соч. с. VIII, n. 1.

²⁾ Tib. Decian. lib. VIII, c. XXXV, n. 37.

³⁾ Ant. Matthaeus, tit. VIII, c. 1, n. 10.

⁴⁾ Leyser, ук. соч. Spec. DCXV, XXV.—Понятіе crim. falsi было настолько широко, что элементы его Carpzov усматриваетъ и во взяточничествѣ: «Huc porro referenda est falsi species ea, quando Judex ex malitia, vel munere corruptus, dolose et ex proposito false indicat et injustam fert sententiam...» (n. 52), но далѣе онъ замѣчаетъ: «Quin non solum iudex falsarius ex lege Cornelia de falsis, sed etiam ex lege Julia repetundarum arbitrarie coërcetur (n. 55).—См. ук. соч. P. II. qu. XCIII.

sustinuit, merito iniuriarum actione pulsabit» ¹⁾. Окончен-
нымъ лиходеательство почиталось съ момента врученія
мзды для достиженія намѣченной цѣли ²⁾, но наказуе-
мымъ признавалось не только окончаніе дѣянія, но и
покушеніе: «Puniendus autem non solum is est, qui pecunia,
verum etiam qui prece et alio modo iudicem corrumpit... Imo
et is, qui tantum tentat iudicem corrumpere, quamvis iudex
corruptionem non accepit» ³⁾.

Наказаніе лиходеателя, вообще говоря, соразмѣряется
съ наказуемостью взяточника, совиновникомъ котораго
онъ признается, кромѣ того онъ утрачиваетъ свое право
требованія, хотя бы рѣшеніе и состоялось въ его пользу ⁴⁾.

Но существовали обстоятельства, при наличности
которыхъ лиходеательство считалось извинительнымъ; такъ
по словамъ Tib. Decianus'a: «Socius etiam criminis, si se
sponte propalet, id est, qui pecuniam dedit et iudicaverit, et
probaverit cui dedit, veniam meretur» (lib. VIII, c. XL,
п. 5); равнымъ образомъ: «Excusabitur tamen, qui dedit
pecuniam malo iudici, ut se ab eius injusta vexatione libe-
ret» (п. 13); такимъ образомъ уличеніе судьи во взя-
точничествѣ и желаніе избавиться отъ его притѣсненій—
таковы обстоятельства, оправдывающія лиходеателя. Въ
последнемъ случаѣ лиходеатель могъ даже требовать
обратно данную судью мзду: «Hi, qui dant, si quidem
aliter ius et aequum a iudice impetrare non possunt, non
solum non peccant, sed etiam per conditionem ob turpem
causam id quod dederunt, e magistratu repetunt» ⁵⁾.

Въ другихъ случаяхъ, т. е. когда лиходеательство
являлось наказуемымъ, принесенный судью даръ не воз-

¹⁾ Leyser, ук. соч. Spec. DCXV, XXVIII.

²⁾ Abegg, ук. соч. стр. 626; Wächter, ук. соч. стр. 474.

³⁾ Bechmann, ук. соч. с. VII, п. 8.

⁴⁾ Martin, § 223, II; Abegg, § 493, 2. Jul. Clar. ук. соч. lib. V, qu.
LXXIII, п. 2.

⁵⁾ См. Leyser, Spec. DCXIX, п. VII.

вращался лиходеателю: «Corruptori enim nihil eorum iure
restituendum est, quae iniquo animo et ad corrumpendum
maligno tribuit, aut Judici, aut Officiario, aut testibus» ¹⁾.

Близкимъ къ взяточничеству признавалось, какъ
было сказано выше, должностное вымогательство (con-
cussio, Erpressung), подъ которымъ по опредѣленію Bech-
mann'a понималось: «quando quis in officio constitutus ali-
quid ab subditis per metum extorquet: metu enim aut vi,
vel minis tacite vel expresse illatis» ²⁾.

Видомъ вымогательства признается «superehatio» т. е.
«Si ultra quam debitum, nomine tributi a subditis quid
exigitur» ³⁾, т. е. лихоимство въ собственномъ смыслѣ.

Въ римскомъ правѣ взяточничество и вымогатель-
ство одинаково подводились подъ crim. repet. которое
обнимало собою не только случаи продажности должно-
стныхъ лицъ, но также и случаи вымогательства имуще-
ственной выгоды путемъ злоупотребленія властью ⁴⁾. Связь
вымогательства со взяточничествомъ опредѣляется Dam-
houder'омъ слѣдующимъ образомъ: «Ambo (т. е. вымога-
тельство и взяточничество) enim isthec crimina usuvenire
conspicies in Iudice, in officario, et in testibus, licet diversi
modo» (п. 1). Различіе между ними сводится къ слѣ-
дующему: «quandoquidem concussio his inest active, cor-
ruptio vero passive. Hoc est concussio Iudicem, Officiarium
et testem concutit et ad propriam corruptionem sollicitat, id
est ipsos subagit, ita ut iudex a parte adversa munera

¹⁾ Damhouder, ук. соч. с. CXXXII, 6.

²⁾ Bechmann, с. V, п. «Hoc enim innuit ipsum vocabulum concutere et
idem est quod terrore percellere... Veluti, quando iudex minatur de carcerando
vel gravando, nisi quis pecuniam dederit».

³⁾ Hilliger, ук. соч. tit. XIX.

⁴⁾ Henke, ук. соч. § 191. Martin, ук. соч. § 224, 3: Erpressungen, welche
durch Missbrauch oder unter dem Vorwande der Amtsgewalt verübt werden. Je
weniger hierbey der Geprügte als gleichfalls strafbar betrachtet werden kann,
desto natürlicher war die Anwendung der L. repetundarum des römischen
Rechts auf diese Vergehen».

captet, quorum gratia inique iudicet, aut Officiarius inique exequatur, aut testis iniqua testetur. Corruptio vero a corruptore venit; in iudice tamen officario, et testibus remanet, ipsoque non minus afficit, ita ut Iudex munerum aut pecuniae gratia quicquam inique iudicet, aut ut Officiarius inique exequatur, aut testis male testetur. Concussio itaque corrumpi studet et quaerit, et pro iniqua sententia ferenda munera ac pecuniam quaerit et affectat. Corruptio (scil. Judicis, Officarii et testium) etiam si munera ac pecuniam accipiat, illa tamen non quaesivit, nec ad ea danda partem coegit» ¹⁾.

Такимъ образомъ, все различіе между обоими преступными дѣяніями заключается въ способѣ дѣйствія ²⁾. Указывается нѣкоторыми также и другой признакъ различія: «crimen concussionis crimen non publicum, sed privatum, crimen vero corruptionis seu repetundarum publicum crimen est»,—но по поводу этого признака Bechman замѣчаетъ: «Est enim crimen concussionis privatum crimen, quando a privato committitur... Si vero a Magistratu et officiali committitur, publicum crimen est admixtum privato atque ita unico delicto unicoque facto duo crimina admissa esse intelliguntur: privatum scilicet, quatenus concussionis nomen retinet, publicum vero, quatenus repetundarum sanctionem respicit... seu quatenus actio publica instituitur» ³⁾.

Такимъ образомъ, въ виновникѣ нельзя искать различія между обоими преступными дѣяніями и виновниками вымогательства могутъ быть тѣже лица, что и при

¹⁾ Iod. Damhouder, ук. соч. с. CXXXII, n. 1, 2; см. также Bechmann, ук. соч. с. V, n. 2. Hilliger, thes. LVIII.

²⁾ Въ виду этого повятно и опредѣленіе, даваемое crim. repet. Grolmann'омъ: „Das crim. repet. wird von jedem Staatsbeamten begangen, welcher sich, sey es mit oder ohne Erpressung, irgend einen Vortheil, in Beziehung auf seine Amtsverbindlichkeit, gewähren oder versprechen lässt, auf welchen er nicht, nach der Organisation seines Amtes, Ansprüche hat“ (§ 361).

³⁾ Bechmann, ук. соч. с. V, n. 3.

взяточничествѣ: «Incurrit autem in crimen hoc concussionis non solum praeses, seu iudex, aut alter officialis, qui concutiendo metum pecuniam extorquet; sed etiam inferior officialis, qui Praesidis iussu metum incutit et pecuniam extorquet» ¹⁾. Но участниками въ преступленіи могли быть и частныя лица ²⁾. Съ внѣшней стороны вымогательство можетъ заключаться «in injectione» или «in simulatione juris» ³⁾.

Ближайшимъ образомъ, дѣятельность вымогателя обрисовываетъ I. Damhouder: «Est autem concussio, sub praetextu ac titulo officii et dignitatis, cum aliquo de iustitia ferenda, aut non ferenda, aut male ferenda componere et cum eo foedus aliquod pecuniarum hac causa inire Hoc crimen directe spectat ad ipsum iudicem, qui partem litigantem concutit, et ad sui corruptionem aut persuadet, aut compellere studet» (n. 1).

Кромѣ того, «iudex, qui alteram litigantium partem concutit, hoc est, vel minis vel persuasionibus terret, ac inducit, ut ab ea aut munera, aut summam aliquam pecuniarum accipiat, ad eum finem, ut in gratiam eiusdem partis, aut citius, aut tardius iudicet, aut omnino non iudicet, aut certe ut aliter iudicet, quam debet, aut quam juris regula monstrat: is Iudex, qui ita se corrumpi studet, crimen concussionis committit» ⁴⁾.

¹⁾ Bechmann, ук. соч. с. V, n. V. Hilliger, ук. соч. thes. 14: publicum est quod fit a persona in officio publico constituta, et fit iterum vel immediate seu per se, vel mediate seu per ministros et comites. См. также Koch, § 564. Meister, § 238. Martin, § 224, 3.

²⁾ Hilliger, ук. соч. thes. XXIII: „Non Magistratus solum, sed et Privati huius criminis se participes facere possunt“.

³⁾ Тамъ же, thes. XXXIII.

⁴⁾ Damhouder, ук. соч. с. CXXXI, n. 1, 2. Справ. Bauer, ук. соч. § 377. Quistorp, между прочимъ, поясняетъ, что „setzet doch dieses Verbrechen allemal solche Drohungen zum voraus, deren man sich unter dem Schein des Rechts, oder des Ansehens bedient“ [(ук. соч. стр. 285). а Koch говорить: „Minae juris dicuntur, quando quis auctoritate publica sub specie juris abutitur, ut aliquid extorqueat, vel a praestatione se liberet (§ 563).

Съ помощью указанных средств — внушения страха или извращения требованій закона должностное лицо вынуждает или деньги, или учинение каких-либо дѣйствій: «*objetum concussionis est vel pecunia, vel factum*» ¹⁾).

Въ работахъ болѣе позднихъ составъ этого дѣянія выяснился съ большей опредѣленностью. Вымогательство (*Erpressung, concussio*) стало разсматриваться, какъ видъ злоупотребленія властью, характеризуемый намѣреніемъ получить незаконную выгоду, съ помощью вымышленныхъ обстоятельствъ (*falsche Vorspiegelungen*). Для состава этого дѣянія требуется слѣдующее: 1) злоупотребленіе властью виновнаго должностнаго лица; одной угрозы силой со стороны какого либо другого должностнаго лица или угрозы примѣненія силы въ будущемъ для наличности вымогательства недостаточно; 2) измышленія, съ помощью которыхъ самому требованію придается видъ правомѣрности или отказывающемуся выполнить это требованіе внушается, что этотъ отказъ повлечетъ за собою извѣстный ущербъ. Этими средствами (*falsche Vorspiegelungen*) вымогательство (*Erpressung*) отличается отъ принужденія (*Nöthigung*), которое никогда не прикрывается обликомъ правомѣрности; кромѣ того разница между ними заключается и въ степени воздѣйствія: при принужденіи воздѣйствіе силою (*Zwang—Ueberwindung der Kräfte*), при вымогательствѣ—внушеніе опасеній за неблагопріятныя послѣдствія невыполненія требованія вымогателя (*Besorgnis einer unangenehmer Folge*). Сущность вымогательства—въ заявленіи требованія съ одной стороны и въ отказѣ удовлетворить его—съ другой или даже не столько въ отказѣ, сколько въ удовлетвореніи лишь подъ вліяніемъ опасеній за неблагопріятныя послѣд-

¹⁾ Hilliger, thes. XXVIII. Meister, ук. соч. 238: „Et concernere potest extorsio tam dationem rei, quam facti praestationem, inter alia et confessionem aliamve declarationem; fierique potest et lucri animo et alia intentione“.

ствія отказа; 3) отказу выполнить требованіе должностное лицо противопоставляетъ угрозу примѣненіемъ находящихся въ его распоряженіи яко бы законныхъ средствъ, хотя бы и въ формѣ недостаточно опредѣлительной; 4) извлеченіе неправомѣрной выгоды; характеръ этой выгоды можетъ быть самый разнообразный: доставленіе имущества, выполненіе дѣйствій, оказаніе услугъ, устраненіе отъ конкуренціи, уступка въ цѣнѣ и т. д. Вымогательство можетъ почитаться оконченнымъ какъ въ случаѣ дѣйствительнаго извлеченія выгоды съ помощью указанныхъ средствъ, такъ и въ случаѣ, когда вымогателю пришлось дѣйствительно осуществить свою угрозу и тѣмъ не менѣе выгода приобрѣтена не была ¹⁾).

По характеру дѣятельности вымогательство можетъ быть только умышленнымъ и въ большинствѣ случаевъ диктуется корыстными мотивами.

О наказуемости вымогательства I. Damhouder говоритъ слѣдующее: «hoc crimen committens puniendus est arbitrarie, ad discretionem Iudicis, cum restitutione principalis et quadrupli et exilio, ut falsarius et calumniator pro modo delicti» ²⁾. На выборъ наказанія оказывали вліяніе качество и размѣръ полученной выгоды, свойство угрозы и степень нарушенія служебнаго долга. Въ наиболѣе тяжкихъ случаяхъ, на практикѣ примѣнялось обычно исключеніе со службы (*Entsetzung v. Amte*) съ заключеніемъ въ крѣпость или въ исправительный домъ, въ менѣе тяжкихъ случаяхъ—удаленіе отъ должности (*Sus-*

¹⁾ Tittmann, Handbuch, § 241—241; Abegg, Lehrbuch, § 494; Henke, Handbuch, § 191.

²⁾ Damhouder, ук. соч. с. CXXXI, п. 4. Справ. Meister, § 239; Concussionis poena est arbitraria, carceris, pecuniae, privationis officii, et pro facti qualitate, praesertim se crim. repet. concurrat, ad operas publicas usque intendi potest. Praeterea res per concussionem extorta reddenda, quo nomine conditio ob turpem causam competit; salvis quoque aliis congruis actionibus ad indemnitate aliamve satisfactionem privatam consequendam“.

pension v. Amte) вмѣстѣ съ денежнымъ наказаніемъ или заключеніемъ въ тюрьмѣ; кромѣ того виновный обязывался къ возврату полученнаго и къ возмѣщенію вреда ¹⁾).

Такъ на основѣ римскаго права доктрина обще-нѣмецкаго права выработала конструкцію понятій взяточничества, лихоходательства и вымогательства.

Римскому праву, какъ мы видѣли, были неизвѣстны эти понятія въ качествѣ «delicta sui generis»; оно подводило ихъ подъ обширную группу дѣяній, объемлемыхъ понятіемъ «*crim. repetundarum*» и отчасти «*crimen falsi*». Основной цѣлью созданія «*crim. repet.*» была борьба съ злоупотребленіями должностныхъ лицъ; поэтому главное вниманіе законодателя обращалось на магистрата, принимающаго добровольно приносимую мзду или вымогающаго ее насиліемъ или угрозой; отвѣтственность лихоходателя носила добавочный, второстепенный характеръ.

Въ доктринѣ обще-нѣмецкаго права произошло измѣненіе, какъ положенія этихъ деликтовъ среди другихъ преступныхъ дѣяній, такъ и во взаимномъ ихъ отношеніи; взяточничество, лихоходательство и вымогательство освободились отъ зависимости «*criminis repetund.*» и приобрѣли значеніе самостоятельныхъ дѣяній (*delicta sui generis*), союзъ взяточника съ лихоходателемъ былъ оформленъ путемъ созданія новаго единого дѣянія: *crim. corruptionis* или *barattariae*; рядомъ съ нимъ, какъ болѣе тяжкій видъ, было поставлено вымогательство, подъ понятіе котораго подходило и лихоимство; въ отличіе отъ *crim. corruptionis* оно не считалось двойнымъ преступнымъ дѣяніемъ (*Deppelverbrechen*) и отвѣтственнымъ являлся одинъ вымогатель, а отнюдь не потерпѣвшее частное лицо.

¹⁾ Henke, ук. соч. § 191, стр. 494. Abegg, § 495.

Разрабатывая юридическую конструкцію этихъ дѣяній, доктрина намѣтила главнѣйшіе элементы состава ихъ, которые легли затѣмъ въ основаніе постановленій положительнаго законодательства. Такъ изъ римскихъ корней, переработанныхъ въ процессѣ рецепціи, выросла современная конструкція взяточничества и лихоходательства.

III. Уголовные кодексы XVIII в.

Вліяніе средне-вѣковой доктрины отразилось прежде всего на законодательныхъ памятникахъ германскаго права, созданныхъ въ теченіе XVIII в.

Баварскій кодексъ (*Codex iuris criminalis bavarici* 1751 г.) въ 1-й части, въ 9-й главѣ «*Von falschen Geld-Münzern, Verfälschern, Meineidigen, Urfehdbrechern, untreuen Beamten, dann boshaft und fürsetzlichen Beschädigungen*» содержитъ довольно краткое постановленіе о взяточничествѣ (§ 6). Усвоенное этимъ кодексомъ понятіе «*corruptio*» — обнимало обѣщаніе или предоставленіе чего либо, а также принятіе чего либо съ цѣлью сдѣлать больше или меньше, чѣмъ требуетъ служебный долгъ («*um mehr oder weniger zu thun, als was die Amts-Pflicht ohnehin schon erfordert*»). Виновное должностное лицо исключалось со службы (*Entsetzung von dem Amt*); даръ подлежалъ конфискаціи, а лихоходатель карался «*arbitrarie*».

Такимъ образомъ, здѣсь соотвѣтственно началамъ обще-нѣмецкаго права имѣетъ мѣсто полное объединеніе обонхъ дѣяній — взяточничества и лихоходательства; въ противоположность памятникамъ древне-германскаго права здѣсь предусматривается взяточничество вообще, а не только судебное, но законодатель и здѣсь имѣетъ въ виду обложить наказаніемъ лишь взяточничество-подкупъ съ цѣлью склоненія къ будущей неправомѣрной дѣятельности; въ этихъ же предѣлахъ карается и лихоходатель-

ство; остальные виды какъ взяточничества, такъ и лихо-
дательства остаются непредусмотрѣнными закономъ. Съ
виѣшней стороны дѣятельность виновниковъ характери-
зуется какъ обѣщаніе или предоставленіе чего либо со
стороны лиходателя, такъ и принятіе обѣщаннаго или
предоставленнаго дара должностнымъ лицомъ. Отвѣт-
ственность должностного лица безусловно опредѣленная,
а отвѣтственность лиходателя опредѣляется всецѣло усмо-
трѣніемъ судьи¹⁾.

Гораздо болѣе развитыми представляются постано-
вленія о взяточничествѣ Терезіана (Constitutio
Criminalis Theresiana, 1769 г.). Взяточничеству здѣсь
посвященъ art. 69, раздѣленный на пять параграфовъ,
въ которыхъ опредѣляется самое понятіе взяточничества,
намѣчаются границы его наказуемости и опредѣляется
кругъ возможныхъ виновниковъ; далѣе выясняются мо-
тивы наказуемости этого дѣянія и устанавливается от-
вѣтственность взяточника, лиходателя и лицъ имъ содѣй-
ствующихъ; въ заключеніе перечисляются основанія, уси-
ливающія и смягчающія отвѣтственность.

Терезіана также стоитъ на точкѣ зрѣнія, усвоенной
обще-нѣмецкимъ правомъ и видитъ во взяточничествѣ и
лиходательствѣ дѣяніе единое²⁾. Кругъ возможныхъ ви-
новниковъ намѣчается ею достаточно широко; это прежде
всего судьи и затѣмъ должностныя лица, которые даютъ
возможность себя подкупить «in Rechts und Amtssachen»;
но такими же виновниками являются и тѣ, кто подку-

¹⁾ По баварскому кодексу, замѣчаетъ К. Анциферовъ, выходитъ, что
посредствомъ строгихъ уголовныхъ каръ надлежитъ оберегать не общество
отъ взяточничества чиновниковъ, а наоборотъ чиновниковъ отъ соблазна
предлагающихъ взятки, хотя-бы такія предложенія были вынуждены самою
практикой отношеній власти къ народу. См. ук. ст. стр. 40.

²⁾ К. Анциферовъ считаетъ Терезіану кодексомъ глубоко проникну-
тымъ вліяніемъ римскаго законодательства, признакомъ чего авторъ счи-
таетъ суровость наказаній. Ук. ст. стр. 12.

паетъ судей и должностныхъ лицъ и содѣйствуетъ этимъ
послѣднимъ или сознательно участвуетъ въ ихъ дѣяніи.

По обычаю, широко распространенному въ эпоху
просвѣщеннаго абсолютизма, когда благожелательные за-
конодатели любили излагать въ своихъ предписаніяхъ
«ratio legis», Терезіана въ самомъ текстѣ закона указы-
ваетъ основанія наказуемости разсматриваемыхъ дѣяній.
По мнѣнію законодательницы предоставленіе дара лихо-
дателемъ влечетъ за собою злостный соблазнъ («eine
boshafte Verführung»), а принятіе дара порождаетъ вѣро-
ломное своекорыстіе («eine treulose Eigennützigkeit»);
вообще же недозволенное взяточничество является, по
мнѣнію законодательницы, источникомъ несправедли-
вости, пристрастности и нарушенія служебной вѣрности
 («eine Urquelle von Ungerechtigkeiten, Parteylichkeiten,
und Amtsbeuntretungen», § 2). Терезіана признаетъ нака-
зуемымъ какъ взяточничество-подкупъ ради будущей
дѣятельности, такъ и взяточничество-вознагражденіе за
услуги уже оказанныя, какъ въ формѣ согласія на при-
ятіе дара, такъ и въ формѣ принятія самаго дара, подъ
какимъ-бы видомъ или предлогомъ онъ ни былъ данъ,
безразлично, самому-ли должностному лицу или его близ-
кимъ. Виновнаго взяточника постигаетъ сложная кара:
онъ уплачиваетъ штрафъ въ четверномъ размѣрѣ полу-
ченнаго дара или тройномъ обѣщаннаго, исключается со
службы и лишается права поступленія на службу, и
затѣмъ, въ зависимости отъ тяжести обстоятельствъ,
сопровождавшихъ дѣяніе, онъ подлежитъ высылкѣ изъ
города, области, а иногда и смертной казни (§ 3).

Лиходатель теряетъ свой даръ: если съ помощью
его онъ добивался снисхожденія (eine Gnadensach) или
дѣло касалось службы, то онъ лишается того и другого
и права поступленія на службу въ будущемъ; если же
дѣло касается судебного спора, то лиходатель считается

потерявшимъ свое право въ пользу противной стороны или, смотря по обстоятельствамъ, въ пользу фиска и кромѣ того, въ зависимости отъ обстоятельствъ дѣла, онъ уплачиваетъ штрафъ и подвергается «*roenae arbitriae*»¹⁾.

Отвѣтственности въ указанныхъ размѣрахъ подвергаются не только непосредственно виновные, но и посредники между лиходеелемъ и взяточникомъ, черезъ которыхъ велись переговоры и передавались подарки; они поддежали высылкѣ изъ области или мѣста учиненія преступленія, но могли быть подвергнуты и другому болѣе чувствительному наказанію²⁾.

Въ виду такихъ широкихъ границъ, предоставленныхъ судейскому усмотрѣнію, законодатель счелъ нужнымъ указать основанія, которыми судъ могъ-бы руководствоваться при выборѣ мѣры отвѣтственности.

Обстоятельствами, отягчающими отвѣтственность, является: 1) осужденіе невиннаго или оправданіе виновнаго по корыстнымъ соображеніямъ или въ угоду третьему лицу; 2) существенная важность дѣла, при рѣшеніи котораго допущено было злоупотребленіе своими полномочіями; 3) причиненіе невознаградимаго вреда судьей или должностнымъ лицомъ изъ корыстныхъ видовъ; 4) воз-

¹⁾ Banniza, — *Delineatio iuris criminalis secundum constitutionem Carolinam ac Theresianam*, § CCCCXI, „Jure criminali Theresiano sit distinctio inter causas gratiae et iustitiae. In causa gratiae praeter confiscationem promissi aut iam dati, quae ad utramque causam se extendit, obtinet cassatio gratiae concessae, vel remotio ab officio collato, nec non declaratio inhabilitatis ad consequendum in posterum eiusmodi officium: in causa iustitiae corrumpens ius suum amittit, illudque pro ratione causae vel parti adversae vel fisco addicitur insuper poena arbitraria pro gravitate criminis affici potest. C. C. Th. Art. LXV, § 4.

²⁾ Quod attinet eos, qui conciliando interveniunt, poenae relegationis aut arbitrarie coercentur; illi vero, qui a partibus litigantibus munera sub praetextu ac si ad causam accelerandam offerre deberent, extorserunt eaque sibi retinuerunt, tanquam malitiosi calumniatores & fures puniuntur“ (C. C. Th. LXV, § 5).

никновеніе большого замѣшательства и убытковъ въ общинѣ; 5) продолжительность времени, въ теченіе котораго практиковались подобнаго рода злоупотребленія (§ 5).

Обстоятельствами, смягчающими отвѣтственность, законодательница признавала: 1) неосуществленіе задуманнаго подкупа; 2) отсутствіе вреда и убытковъ; 3) если даръ состоялъ изъ напитковъ, чего-либо съѣстнаго или какой либо мелочи; 4) если даръ былъ переданъ не съ намѣреніемъ повліять на исходъ сомнительнаго дѣла, а по инымъ причинамъ; 5) если дареніе имѣло мѣсто между кровными родственниками или другими близкими людьми и если притомъ не доказано, что обѣщаніе дара или его предоставленіе были сдѣланы ради разбирающагося судебного спора (§ 7).

При наличности одного изъ трехъ послѣднихъ основаній, если не было установлено злостнаго соглашенія и не было никакой опасности, то виновный совершенно освобождался отъ отвѣтственности.

Таковы объемъ и условія отвѣтственности за взяточничество-лиходательство по Терезіанѣ. Этотъ объемъ и условія достаточно широки, особенно если принять во вниманіе, что Терезіана караетъ взяточничество и лиходательство не только при учиненіи, подъ вліяніемъ подкупа неправомѣрныхъ актовъ, но и правомѣрныхъ. Отсюда, а также изъ приведенныхъ выше законодательныхъ мотивовъ можно вывести, что Терезіана стояла на принципѣ безмездности служебныхъ дѣйствій и считала несовмѣстнымъ съ достоинствомъ должностнаго лица принятіе подарковъ и приношеній. Терезіана была первымъ законодательнымъ памятникомъ, въ которомъ постановленія о взяточничествѣ и лиходательствѣ изложены достаточно полно и всесторонне, но объединеніе двухъ разно-

родныхъ дѣяній въ одно указываетъ на отсутствіе правительнаго представленія о природѣ этихъ дѣяній.

Рядомъ со взяточничествомъ, но отдѣльно (art. 67) Терезіана говоритъ о вымогательствахъ судей и должностныхъ лицъ, которыя злоупотребляютъ своей властью противоправно и злостно, дабы путемъ внушеннаго страха вынудить у кого либо деньги или что либо другое или чтобы кому либо отомстить (§ 1).

Виновные въ вымогательствахъ, помимо возврата полученнаго, исключены со службы и лишены права поступленія на службу, караются въ зависимости отъ обстоятельствъ дѣла штрафомъ, тѣлеснымъ наказаніемъ или даже смертной казнью ¹⁾).

Въ качествѣ обстоятельствъ, вліяющихъ на размѣръ отвѣтственности за вымогательство, Терезіана указывала съ одной стороны: степень насилія, настойчивость, соединенную съ особой дерзостью, нахальствомъ и соблазномъ, величину вреда и убытковъ, съ другой стороны — несерьезный характеръ угрозы, ея безрезультатность (§§ 3, 4).

Смѣнившій Терезіану законодательный сборникъ Іосифа II подъ названіемъ: «Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung» (1787 г.) упразднилъ взяточничество, какъ особое дѣяніе, включивъ его въ понятіе злоупотребленія властью — «Missbrauch d. obrigkeitlichen Amts» ²⁾).

¹⁾ Banniza, cap. XII de crimine concussionis eiusque poena, § CCCCXXIII: Crimen concussionis publice committitur a Magistratibus, officialibus aliisque personis publicis, qui potestate sua concedita abutentes aliquid iniecto terrore vel lucri vel vindictae exercendae causa iniuste extorquent.

²⁾ Въ III главѣ, къ которой отнесено это дѣяніе предусматрѣно кромѣ того: 1) Beleidigte Majestät, 2) Landesverrath; 3) Aufruhr und Tumult, 4) Oeffentliche Gewalt, 5) Missbrauch des obrigkeitlichen Amts, 6) Verfälschung der Staatspapiere, 7) Münzfälschung, 8) Hilfe zur Entweichung der Verbrecher, 9) Verhelung der Verbrecher, 10) Vorschub zur Entweichung aus dem Kriegsdienste.

Составъ этого дѣянія очень широкъ; онъ былъ опредѣленъ въ законѣ, какъ пользованіе ввѣренной по должности властью и своимъ положеніемъ для причиненія какого либо противоправнаго вреда чести, имуществу или иного, для полученія отъ кого либо выгоды, для оказанія кому либо содѣйствія въ осуществленіи какого либо злого намѣренія или въ учиненіи вредоносныхъ дѣйствій противъ третьихъ лицъ (§ 58). Подъ понятіе этого же дѣянія подходила и дѣятельность судьи, который подарками, пристрастіемъ или иными соображеніями склоняется къ тому, чтобы измѣнить правосудію, вынести, очевидно, неправосудное рѣшеніе или отвергнуть чье либо право (§ 59). Лица, которыя пытаются склонить судей и другихъ должностныхъ лицъ, съ помощью обѣщаній или доставляемыхъ дѣйствительно, посредственно или непосредственно, подарковъ или инымъ уголовно-наказуемымъ путемъ къ злоупотребленію властью, почитаются соучастниками: для состава дѣянія безразлично, удалось или нѣтъ ихъ намѣреніе, дѣйствовали они въ своихъ интересахъ или интересахъ третьихъ лицъ (§ 61). Размѣръ наказанія для виновниковъ даннаго дѣянія — суровая тюрьма и общественныя работы, оно усиливается позорной выставкой и публикаціей приговора. Соучастники наказываются тюремнымъ заключеніемъ, болѣе мягкимъ, и общественными работами. При наличности отягчающихъ обстоятельствъ это наказаніе можетъ быть усилено (§§ 60, 62).

Такимъ образомъ, этотъ законодательный сборникъ признаетъ наказуемымъ взяточничество-подкупъ съ цѣлью склоненія къ неправомѣрной дѣятельности; лиходательство признается наказуемымъ въ этихъ же предѣлахъ и независимо отъ достиженія лиходателемъ поставленной цѣли. Взяточничество разсматривается здѣсь какъ одно изъ проявленій злоупотребленія власти; лиходательство

признается участіемъ въ этомъ дѣяніи. Такая постановка напоминаетъ своей широтой римско-правовое понятіе *crimen repetundarum*, обнимавшее также настолько разнообразный кругъ дѣяній, что опредѣлялось нѣкоторыми, какъ «*crimen male gestae administrationis*» ¹⁾.

Указанная точка зрѣнія перешла и въ слѣдующій законодательный сборникъ вскорѣ смѣнившій «*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselbe Bestrafung*» — въ «*Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeyübertretungen*» (1803 г.), но съ тѣмъ лишь различіемъ, что отнеся взяточничество къ злоупотребленію властью, законодатель все-таки счелъ нужнымъ обозначить это дѣяніе подъ наименованіемъ «*Geschenk-Annahme in Amtssachen*» (§ 88) ²⁾.

Сущность этого дѣянія заключается въ томъ, что должностное лицо за выполнение своего служебнаго долга («*bey Verwaltung der Gerechtigkeit, bey Dienstverleihungen oder bey Entscheidungen über öffentliche Angelegenheiten*») принимаетъ непосредственно или посредственно даръ или пользуется выгодой или принимаетъ соотвѣтствующія обѣщанія или допускаетъ склонить себя такими же средствами къ лицепріятію при отправленіи своихъ служебныхъ обязанностей ³⁾.

¹⁾ Rein, ук. соч. 604—605.

²⁾ Кромѣ этого дѣянія въ 11 отдѣлѣ уложенія, посвященномъ злоупотребленію по должности предусмотрѣнъ еще только случай злоупотребленія власти (*Missbrauch der Amtsgewalt*) въ собственномъ смыслѣ, особо тяжкими случаями этого дѣянія являются: отказъ отъ выполнения своихъ обязанностей (§ 86, a), удостовѣреніе лживыхъ обстоятельствъ (§ 86, b), разглашеніе служебной тайны, уничтоженіе вѣрныхъ по службѣ документовъ, сообщеніе кому либо служебныхъ свѣдѣній (§ 86, c), злоупотребленіе довѣріемъ (*praevaricatio*) со стороны адвоката или повѣреннаго (*beeideter Sachwalter*) (§ 86, d).

³⁾ S. Jenull—Das Oesterreichische-Criminal-Recht nach seinem Grunde und seinem Geiste. Grotz, 1809, II Teil. Предметомъ этого посягательства является „das Amt, als Inbegriff von Pflichten, welche man bey Verwaltung der Gerechtigkeit, bey Dienstverleihungen oder bey Entscheidungen über

Рядомъ съ этимъ дѣяніемъ законодатель поставилъ склоненіе съ помощью подарковъ къ злоупотребленію властью, какъ ради собственной выгоды, такъ и ради выгоды третьяго лица, при чемъ для состава дѣянія безразлично, достигнута эта цѣль или нѣтъ (§ 89) ¹⁾. Наказаніемъ должностнаго лица служить тюрьма (*Kerker*)

öffentliche Angelegenheiten gegen den Staat oder Andere unentgeltlich zu beobachten hat“. Отсюда слѣдуетъ, что дѣяніе это можетъ быть учинено только должностнымъ лицомъ. Содержаніе дѣянія заключается въ томъ: 1) что „der Beamte, welcher sein Amt nach Pflicht ausgeübt, sich geweigert hat, dasselbe, ohne einem dafür vorläufig ihm zugestandenem oder eingeräumtem Vortheil, auszuüben“. Составъ дѣянія имѣетъ мѣсто, хотя бы выгода была получена или принята посредственно; напротивъ, состава дѣянія не будетъ, если чиновникъ не выполнить какого либо дѣйствія до уплаты установленнаго закономъ сборовъ; 2) что „der Beamte durch ihm angebotene oder wirklich eingeräumte Vortheile sich überhaupt bey Führung seiner Amtsgeschäfte zu einer Partheylichkeit verleiten lässt“. — Partheylichkeit—это использование своей должностной власти для противоправнаго покровительства кому либо. Такимъ образомъ, здѣсь имѣетъ мѣсто злоупотребленіе связанной съ должностью властью въ цѣлихъ полученія выгоды отъ покровительствуемой стороны (стр. 133—135).

¹⁾ S. Jenull. См. ук. соч.: Хотя это дѣяніе и не заключаетъ въ себѣ элементовъ злоупотребленія властью, но является обычно его источникомъ, то поэтому оно и рассматривается въ связи съ нимъ. Объектомъ дѣянія является должностное лицо въ собственномъ смыслѣ этого слова. Содержаніе дѣянія заключается „in dem Bestreben, den Beamten durch Geschenke zur Verletzung der Amtspflicht zu verleiten“. Для состава дѣянія не требуется непременно удачи для виновнаго, такъ какъ степень нравственной честности или напротивъ испорченности должностнаго лица, не могутъ быть поставлены ни въ вину, ни въ заслугу виновника лиходеательства. Отсюда видно, почему лиходеательство не можетъ быть рассматриваемо какъ единое дѣяніе со взяточничествомъ (als blosse Mitschuld); оно можетъ быть учинено совершенно независимо отъ послѣдняго. Средствомъ учиненія этого дѣянія служатъ подарки, подъ которыми подразумѣвается „eine jede Sache, die an einen Anderen ohne Vergeltung und rechtliche Nothwendigkeit übertragen wird“. Не требуется, чтобы подарокъ былъ немедленно переданъ; для признанія дѣянія оконченнымъ достаточно, если онъ только обѣщанъ или только предложенъ. Цѣль дѣянія — склонить чиновника къ нарушенію своего служебнаго долга ради своей выгоды или выгоды третьяго лица. Напротивъ, подарокъ чиновнику или обѣщаніе его для побужденія чиновника выполнить закономѣрно свою обязанность—наказуемо. Если данное дѣяніе учиняется ради пріобрѣтенія церковныхъ должностей, то оно подходитъ подъ понятіе симоніи и карается по церковнымъ законамъ (стр. 135—137).

на срокъ отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года и конфискація дара или его стоимости въ пользу мѣстнаго благотворительнаго фонда; частное лицо, виновное въ склоненіи къ злоупотребленію властью, карается штрафомъ въ пользу мѣстнаго благотворительнаго фонда въ размѣрѣ предложеннаго или дѣйствительно врученнаго дара, и затѣмъ заключается въ тюрьму на срокъ отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года, смотря по тяжести причиненнаго вреда (§ 90); при наличности большого коварства и дѣйствительнаго причиненія значительнаго вреда виновный можетъ быть наказанъ тяжкимъ тюремнымъ заключеніемъ на срокъ до 5 лѣтъ (§ 91) ¹⁾.

Такимъ образомъ, по сравненію съ предыдущимъ кодексомъ здѣсь выдѣлено не только взяточничество, какъ особый видъ злоупотребленія властью, но и лиходеительство обособлено отъ взяточничества, т. е. одновременно сдѣлано отступленіе отъ началъ римскаго и общенѣмецкаго права. Своеобразной особенностью этого кодекса является возможность болѣе суровой отвѣтственности лиходателя сравнительно со взяточникомъ.

Раздѣленіе взяточничества отъ лиходеительства при совмѣстномъ ихъ разсмотрѣніи было принято и Прусскимъ

¹⁾ Jennil, ук. соч.: Высшее наказаніе, устанавливаемое этимъ §, можетъ быть примѣнено тогда, если не только причиненъ дѣйствительно значительный вредъ, но и проявлена „drosse Arglist“. „Arglist setzt aber eine List voraus, welche die Verletzung eines Anderen zum Zwecke hat, und wozu die schendlichsten Mittel angewendet werden, so das beydes sowohl die Absicht, als die dazu gebrauchten Mittel, von einer tiefen Bosheit des Täters zeugen“.

Всѣ эти постановленія безъ существенныхъ измѣненій вошли въ нынѣ дѣйствующее австрійское уложеніе (27 мая 1852 г.) (см. §§ 104, 105), которое было дополнено лишь постановленіемъ о наказуемости лиходеительства, имѣющаго въ виду склонить должностное лицо къ пристрастности или къ нарушенію служебнаго долга, неподходящимъ однако подъ описанное въ § 105 или иное болѣе тяжкое преступленіе (§ 311). Кромѣ того австрійскому законодательству извѣстенъ еще случай взяточничества при выборахъ общегосударственныхъ и мѣстныхъ (зак. 26 января 1907 г., § 3)

Земскимъ правомъ (Allgemeines Landrecht für die Preuss. Staaten. 1794 г.). Взяточничество карается здѣсь лишь какъ подкупъ т. е. въ виду будущей дѣятельности, при этомъ размѣръ отвѣтственности ставится въ зависимость отъ характера этой будущей дѣятельности: 1) если даръ принятъ за выполненіе какихъ либо служебныхъ обязанностей и нѣтъ подозрѣнія въ нарушеніи служебнаго долга, то виновный уплачиваетъ лишь штрафъ въ четверномъ размѣрѣ полученнаго дара (§ 360); 2) если, напротивъ, существуетъ основательное подозрѣніе относительно совершеннаго или предполагаемаго нарушенія служебнаго долга, то виновный, помимо штрафа, подлежитъ еще исключенію со службы (Cassation); 3) въ случаѣ же точно доказаннаго нарушенія служебнаго долга, помимо указанныхъ мѣръ, виновный подлежитъ кромѣ того заключенію въ исправительный домъ или крѣпость на срокъ отъ 3—6 лѣтъ (§ 361). Принятіе подарковъ или обѣщаній ихъ судьей отъ сторонъ, ведущихъ процессъ, влечетъ за собою тѣже послѣдствія съ тѣмъ лишь различіемъ, что даже при отсутствіи подозрѣнія въ нарушеніи долга, виновный исключается со службы; во всѣхъ остальныхъ случаяхъ для него наступаютъ послѣдствія, указанные въ § 361 (§ 366). Если же судья принимаетъ подарки при выполненіи своихъ служебныхъ обязанностей, не относящихся къ разсматриваемому дѣлу, и не доводитъ объ этомъ до свѣдѣнія начальства, то для него наступаютъ послѣдствія, какъ и за принятіе подарковъ, несопровождавшееся нарушеніемъ служебнаго долга (§ 360); но повтореніе подобнаго проступка влечетъ за собою уже исключеніе со службы (§ 367). Что же касается лиходеительства, то оно наказуемо лишь при предложеніи подарковъ или выгодъ судьѣ, чтобы склонить его въ свою пользу; наказаніемъ здѣсь является четверной штрафъ въ пользу фиска. Если же имѣлось

въ виду проведеніе такимъ путемъ какого либо дѣла, то виновный подлежалъ штрафу въ томъ размѣрѣ, въ какомъ ожидалась выгода отъ содѣйствія судьи. Штрафы, при невозможности ихъ уплатить, могутъ быть замѣнены тюремнымъ заключеніемъ (§ 468).

Такимъ образомъ, Прусское земское право знаетъ самостоятельныя дѣянія: взяточничество и лиходеятельство; въ первомъ оно различаетъ отдѣльные виды, въ зависимости отъ характера будущей дѣятельности, обусловленной принятымъ даромъ, и кромѣ того отдѣляетъ взяточничество судебное, какъ особо тяжкое дѣяніе. Наказуемость лиходеятельства ограничивается лишь случаями подкупа судей.

IV. Германское партикулярное законодательство.

Во всѣхъ германскихъ партикулярныхъ кодексахъ должностнымъ преступленіямъ посвящены были особые отдѣлы; кромѣ того и въ другихъ отдѣлахъ можно было найти постановленія, въ которыхъ дѣяніе виновнаго стояло въ той или иной связи съ отправляемой имъ служебной обязанностью. Выборъ мѣста для отдѣла должностныхъ преступленій въ кодексѣ зависѣлъ отъ системы распределенія законодательнаго матеріала; такъ въ баварскомъ кодексѣ 1813 г. должностныя преступленія и проступки заключали собою отдѣлы (Titel) о преступленіяхъ и проступкахъ противъ государства (II Buch, VII Kap. и III Buch, VI Kap.); официальные мотивы законодательства подчеркивали особенно характеръ этихъ дѣяній, именно какъ преступленій противъ государства (Staatsverbrechen)¹⁾. Въ большинствѣ же партикулярныхъ ко-

¹⁾ Anmerkungen zum St. G. B. für das Königreich Bayern III, 135: „Verbrechen oder Vergehen im Amte greifen daher den Staat unmittelbar in seinem Wesen und zwar von der empfindlichsten Seite an, weil solche straf-

дексовъ должностныя преступленія признаются «delicta propria» (Sonderverbrechen) и противопоставляются общимъ преступленіямъ, находясь въ особой третьей части, послѣ преступленій противъ государства и частныхъ лицъ¹⁾ или, при раздѣленіи кодекса на главы, въ послѣдней главѣ²⁾.

Объектомъ должностныхъ преступленій законодатели того времени считали служебный долгъ («die durch die Uebernahme des Amtes begründete besondere Amtspflicht»). Это видно отчасти изъ названій главъ, отчасти изъ общихъ формулъ, отчасти, наконецъ, изъ мотивовъ и замѣчаній³⁾.

bare Handlungen von eben denjenigen begangen werden, welchen der Regensein Vertrauen öffentlich schenkt. Справ. St. G. B. für Herzoglich Oldenburgische Lande 1814 г.

¹⁾ St. G. B. für d. Königreich Württemberg, 1839, III T. 1—6 Kap. Von Vergehungen wider die Pflichten d. öffentlichen Dienstes; St. G. B. für d. Herzogthum Braunschweig 1840, II Buch, III Titel—Amtsverbrechen.

²⁾ Criminalgesetzbuch für d. Herzogthum Sachsen-Altenburg, 1841, II T. Kap. 17: Von Pflichtverletzungen in besonderen Verhältnissen; Criminalgesetzbuch für d. Königreich Hannover, 1840, besonderer Teil, XV Kap. Von strafbaren Dienstverletzungen der öffentlichen Beamten; St. G. B. für d. Grossherzogthum Hessen, 1841, II T. LVI Tit. Von den besonderen Verbrechen und Vergehen des Staatsbeamten und öffentlichen Diener, LVII Tit. — Von besonderen Pflichtverletzungen gewisser zu öffentlichen Verrichtungen aufgestellten Personen, LVIII Tit. — Von dem Verbrechen der Amterschleichung; St. G. B. für d. Grossherzogthum Baden, 1845, II T. XLIX Tit. Von den besonderen Verbrechen öffentlichen Diener, I Tit. Von dem Verbrechen der Erschleichung eines Amtes, oder einer Berechtigung, und der Verbrechen der Bestechung, oder Fälschung bei Ernennung oder bei Wahlen; St. G. B. für d. Herzogthum Nassau, 1849, II T. LIV Tit. Von den besonderen Verbrechen und Vergehen der Staatsbeamten und öffentlichen Diener, LV Tit. Von besonderen Pflichtverletzungen gewisser zu öffentlichen Verrichtungen aufgestellten Personen, LVI Tit. Von dem Verbrechen der Amterschleichung; s. g. thüringische St. G. B. II Teil. XVII Kap. Von Pflichtverletzungen in besonderen Verhältnissen; St. G. B. für die Preuss. Staaten 1851, Teil, 28 Titel. Von Verbrechen und Vergehen im Amte.

³⁾ См. напр. замѣчанія къ St. G. B. für d. Königreich Bayern, III, 160: „Der gegenwärtige Artikel (Art. 352) enthält das allgemeine Verbrechen der

Въ большинствѣ случаевъ въ кругъ должностныхъ преступленій законодатель включалъ такого рода нарушенія служебнаго долга, въ отношеніи къ которымъ мѣры дисциплинарныя оказывались недостаточными; такъ къ должностнымъ преступленіямъ относились нарушенія служебнаго долга, учиняемыя умышленно и съ опредѣленной цѣлью¹⁾. Замѣтно также стремленіе законодателя къ удаленію изъ круга наказуемыхъ дѣяній такихъ проступковъ, которыя нарушаютъ чисто внутреннія служебныя отношенія. Кодексы баварскій 1813 г. (art. 439), ганноверскій (art. 370), гессенскій (art. 448) еще предусматривали случаи нарушенія достоинства должности; точно также общія формулы, содержащіяся въ уложеніи саксонскомъ (art. 311) и тюрингенскомъ (art. 307), имѣли, главнымъ образомъ, значеніе для посягательствъ на внутреннія служебныя отношенія, при чемъ за нихъ были назначены низшія наказанія. Напротивъ, вюртембергское, брауншвейгское и баденское уложеніе не предусматриваютъ дѣяній, которыя имѣли бы характеръ дисциплинарной провинности: въ саксонскомъ, австрійскомъ и прусскомъ кодексахъ они также исчезли совершенно.

Въ частности, въ отношеніи постановки взяточничества въ партикулярномъ законодательствѣ могутъ быть отмѣчены слѣдующія основныя положенія: 1) должностное лицо, безъ законнаго полномочія, не можетъ извлекать изъ своей должности никакой прибыли, даже еслибы отъ этого не терпѣли ущерба ни правопорядокъ, ни справедливость; 2) наказуемымъ является какъ должностное лицо, которое допускаетъ воздѣйствіе

verletzten Amtspflicht, sofern die pflichtverletzende Handlung oder Unterlassung kein anderes besonderes benanntes Verbrechen der Vergehen ist". Справ. Criminalgesetzbuch für d. Königreich Hannover, art. 369.

¹⁾ См. Meves, Н. Н. III, 941; Hälschner, Н. В. II, 1017.

на свою служебную дѣятельность съ помощью подарковъ или доставленія прибыли, такъ и тотъ, кто съ помощью этихъ средствъ пытается дѣйствовать на служебную дѣятельность этого должностного лица.

Такимъ образомъ, наказуемымъ является какъ взяточничество, такъ и лиходательство; наказуемымъ является не только взяточничество-подкупъ, ради будущихъ служебныхъ дѣйствій, но и взяточничество-вознагражденіе услугъ, уже оказанныхъ, независимо отъ ихъ характера. Наказуемость лиходательства намѣчается уже; оно карается лишь какъ подкупъ ради склоненія должностного лица къ учиненію извѣстныхъ служебныхъ дѣйствій въ пользу лиходателя или кого либо третьяго. Различіе между отдѣльными кодексами заключается лишь въ частностяхъ, не вліяющихъ на объемъ наказуемости¹⁾. Но это единство содержанія не мѣшаетъ, конечно, разнообразію формы, въ которую облечены были постановленія о взяточничествѣ и лиходательствѣ въ партикулярныхъ германскихъ кодексахъ. Одни кодексы раздѣляли понятія взяточничества и лиходательства и предусматривали ихъ въ различныхъ отдѣлахъ; другіе, наоборотъ, рассматривали ихъ совмѣстно, одно за другимъ. Первой системы придерживались уложеніе вюртембергское, брауншвейгское и ганноверское²⁾; второй—все остальные уложенія.

Не приводя подробно постановленій партикулярныхъ кодексовъ, мы можемъ сказать, что германскому

¹⁾ Отклоненіе отъ установленныхъ границъ наказуемости имѣется въ гессенскомъ уложеніи, гдѣ карается лиходательство и въ смыслѣ оплаты услугъ уже оказанныхъ, и саксонское, гдѣ лиходательство карается при склоненіи къ учиненію только неправомѣрныхъ дѣйствій.

²⁾ Вюртембергское улож. относитъ лиходательство къ „Handlungen gegen die obrigkeitliche Ansehen“, брауншвейгское къ „Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung“, ганноверское къ „Verbrechen gegen die Regierung des Staates“.

партикулярному законодательству были известны слѣдующіе виды взяточничества: 1) противозаконное принятіе подарковъ т. е. использование своего служебнаго положенія для требованія, полученія или согласія на полученіе чего либо, на что нѣтъ ни полномочія со стороны закона или инструкции, ни разрѣшенія со стороны начальства (саксонское—art. 311, т. н. тюрингенское art. 308), какъ до учиненія какого либо дѣйствія по службѣ, такъ и послѣ этого (вюртембергское, art. 409, баденское § 667, брауншвейгское § 257, баварское § 446), но самое дѣйствіе, учиняемое подъ вліяніемъ подарковъ предполагается закономѣрнымъ (прусское § 309), хотя это и не всегда оговаривалось¹⁾; 2) взяточничество т. е. полученіе или изъявленіе согласія на полученіе подарка или какой либо выгоды прежде всего за учиненіе въ будущемъ какого либо противнаго долгу дѣйствія по службѣ (подкупъ), а въ нѣкоторыхъ кодексахъ и за учиненное уже нарушеніе долга (вознагражденіе); такую конструкцію для взяточничества въ собственномъ смыслѣ усваиваютъ тѣ кодексы, которые выдѣляли въ качествѣ самостоятельнаго деликта принятіе подарковъ въ указанномъ выше смыслѣ; тамъ же, гдѣ такого расчлененія не было подъ общее понятіе взяточничества подходило какъ взяточничество-подкупъ, такъ и взяточничество-вознагражденіе, какъ ради и за услуги правомѣрныя, такъ ради и за услуги не правомѣрнаго характера. Въ тѣхъ случаяхъ, когда полученный даръ имѣлъ въ виду побудить виновнаго учинить что либо противное долгу, и цѣль была дѣйствительно достигнута, правонарушеніе учинено, то это послѣднее обстоятельство оказывало вліяніе на отвѣтственность (см. напр. саксонское улож.

¹⁾ Исключеніе составляетъ баденское уложеніе, которое въ § 667 говоритъ о „strafbare Geschenknahme“: eines Betheiligten zum Nachtheil eines Anderen oder des Staats begünstigen kann“.

§ 314, баденское—§ 665); 3) вымогательство т. е. вынужденіе должностнымъ лицомъ подарковъ или какой либо выгоды путемъ злоупотребленія властью или угрозы; (баварское—art. 358, брауншвейгское—§ 259, ганноверское—art. 358, баденское—§ 671); кодексы, не выдѣлявшіе вымогательства въ самостоятельное дѣяніе, понятіе его включали въ составы взяточничества или принятія подарка, упоминая не только о принятіи или согласіи на принятіе подарка, но и о требованіи подарка.

Затѣмъ, партикулярнымъ германскимъ законодательствомъ признавалась преступной и наказуемой не только дѣятельность должностныхъ лицъ, пользующихся своимъ положеніемъ для извлеченія выгодъ, но и дѣятельность частныхъ лицъ, склоняющихъ должностныхъ лицъ съ помощью подарковъ и т. п. къ нарушенію своего долга, т. е. дѣятельность лиходателей. Подъ лиходательствомъ партикулярное германское законодательство признавало предложеніе, доставленіе, обѣщаніе доставить подарокъ или выгоду должностному лицу съ цѣлью расположить его въ свою пользу и склонить къ содѣянію или опущенію, имѣющимъ характеръ нарушенія служебнаго долга (баварское—art. 443, ольденбургское—art. 472, саксонское—art. 317, т. н. тюрингенское—art. 310, прусское—art. 311); нѣкоторые кодексы карали лиходательство, независимо отъ этого послѣдняго условія (вюртембергское—art. 159, брауншвейгское—art. 112, ганноверское—art. 151, гессенское—art. 454, нассауское—art. 450, баденское—art. 664, 666).

Ближайшимъ образомъ составъ подлежащихъ нашему разсмотрѣнію дѣяній опредѣляется такъ.

Виновникъ ихъ въ партикулярныхъ кодексахъ опредѣлялся какъ «öffentlicher Beamter» (баварское—art. 335, ганноверское—art. 356), «öffentlicher Diener» (баварское—art. 443, баденское—§ 662), «Staatsdiener oder andere in

Pflicht stehende öffentliche Beamte» (саксонское—art. 312, тюрингенское—art. 308); некоторые кодексы расширяли кругъ возможныхъ виновниковъ; такъ о присяжныхъ и шеффенахъ упоминали вюртембергскій (art. 160), гессенскій (art. 452), нассаускій (art. 447), тюрингенскій (art. 312), прусскій (§ 313), баварскій 1861 г. (art. 367), саксонскій 1868 г. (art. 363); о третейскихъ судьяхъ— прусскій (art. 310, 311).

Виновникомъ лиходейства могло быть, конечно, всякое вмѣняемое лицо, почему въ кодексахъ онъ опредѣлялся обычно словами: «кто и т. д.».

Постановленія о взяточничествѣ имѣютъ въ виду охрану начала безмездности служебной дѣятельности; такимъ образомъ то дѣйствіе, за которое или ради учиненія котораго виновный получаетъ мзду, должно быть дѣйствіемъ служебнымъ. Это свойство дѣйствія специально оговаривалось въ большей части партикулярныхъ кодексовъ (баварскій—art. 442, 446; ольденбургскій—art. 472, 475; саксонскій—art. 312; вюртембергскій—art. 159, 407, 409; брауншвейгскій—art. 112, 256, 257; ганноверскій—art. 151, 356, 357; гессенскій—art. 450, 451, 454; прусскій—§ 309). Дѣятельность виновныхъ съ внутренней стороны необходимо должна быть умышленной и кромѣ того направляться къ определенной цѣли; самая цѣль обрисовывалась различно: «um zu Vortheil eines Anderen oder zum Nachtheil des Staates oder eines Privaten eine pflichtwidrige Handlung vorzunehmen, oder eine amtliche Handlung pflichtwidrig unterlassen»; (§ 450 гессенскій), «zu einem amtlichen Handlung oder Unterlassung zu bestimmen» (art. 159 вюртембергскій) и т. д.

Съ внѣшней стороны дѣятельность виновныхъ опредѣляется въ зависимости отъ вида преступныхъ дѣяній. При противоправномъ принятіи подарковъ: «etwas zu fordern oder sich versprechen, zu lassen, oder ungefordert

anzunehmen (саксонскій art. 312), annimmt oder wissentlich durch Andere empfängt» (вюртембергскій art. 409), при взяточничествѣ—«Annahme eines Geschenkes oder was immer für eines Vortheils» (art. 355 баварскій); «Geschenke oder andere Vortheile annehmen oder sich versprechen lassen» (саксонскій—art. 313); «angenommen oder sich zur Annahme des Versprochenen bereit gezeigt hat» (art. 407 вюртембергскій), «ihm nicht gebührenden Vortheil annimmt oder sich verschafft» (art. 356 ганноверскій), «gefordert hat» (art. 357 ганноверскій); при вымогательствѣ: «die ihm anvertraute Amtsgewalt zum Druck oder zum Misshandlung der Unterthanen missbraucht», «durch Bedrohung mit der Amtsgewalt irgend einem unerlaubten Privatvortheil zu erpressen» (art. 357 баварскій), «für sich oder andere zu erpressen, mit der ihm Amtsvertrauten Amtsgewalt drohet» (§ 259 брауншвейгскій); «nothigt ihm Vortheile zu gewähren, die ihm nicht gebühren» (§ 671 баденскій).

Непосредственной дѣятельности виновниковъ взяточничества иногда приравнивается дѣятельность посредствующая черезъ жену, дѣтей и родственниковъ; такъ напр. «ihren Eheweibern, Kindern oder anderen Angehörigen die Annahme solcher Geschenke oder Leistungen zu lassen» (саксонскій—art. 315), «unter ihrer Zustimmung ihren Angehörigen versprochen, gegeben oder geleistet wurde» (art. 313 тюрингенскій).

Взяточничеству приравнивалось иногда недонесеніе о предложенныхъ взяткахъ и, наоборотъ, заявленіе о полученіи или предложеніи взятки признавалось обстоятельствомъ, освобождавшимъ отъ отвѣтственности (баварскій—art. 355, саксонскій—art. 316, вюртембергскій—art. 408, ганноверскій—art. 356).

Дѣятельность лиходея опредѣлялась, какъ «Anbieten, Versprechen, oder Gewähren von Geschenken oder anderen Vortheile» (прусскій—§ 311), «verspricht, anbietet

tet, oder giebt», «versprochen, anbieten oder geben lässt» (§ 454—гессенскій).

Въ зависимости отъ обрисовки въ кодексахъ внѣшней дѣятельности опредѣлялся и моментъ окончанія дѣянія и покушенія на него. Въ большинствѣ случаевъ взяточничество почиталось оконченнымъ съ момента принятія предложеннаго (баварскій—art. 446, ольденбургскій—art. 475, саксонскій—art. 313, вюртембергскій—art. 407, 409, 410, брауншвейгскій—§§ 256, 457, ганноверскій—art. 356, гессенскій—art. 450, баденскій—art. 662, 663, 665, 667, 668; и др.), а лихоходательство со времени обѣщанія, передачи или предложенія подарка или какой либо выгоды (баварскій—art. 443, ольденбургскій—art. 472, вюртембергскій—art. 159, брауншвейгскій—§ 112, ганноверскій—art. 151, гессенскій—art. 454, баденскій—art. 664; и друг.).

Такимъ образомъ, при лихоходательствѣ для признанія дѣянія оконченнымъ достаточно односторонней дѣятельности лихоходателя, для окончанія же взяточничества требуется заключеніе двухсторонней сдѣлки между взяточникомъ и лихоходателемъ; это требованіе заключенія сдѣлки особенно ясно выступаетъ тамъ, гдѣ наряду съ принятіемъ предложеннаго поставлено было изъявленіе готовности принять (напр. баварскій—art. 355, 2, ольденбургскій—art. 360, 2, вюртембергскій—art. 407, ганноверскій—art. 356, гессенскій—art. 450, баденскій—§ 662, нассаускій—art. 445). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ моментъ окончанія взяточничества отодвигался дальше—до учиненія должностнымъ лицомъ обусловленнаго служебнаго дѣйствія (баварскій—art. 355, ольденбургскій—art. 360, саксонскій—art. 317), а иногда, напротивъ для признанія взяточничества оконченнымъ признавалось достаточно одностороннее волеизъявленіе—требованіе выгоды за дѣйствіе служебнаго характера (саксонскій—art. 312,

ганноверскій—art. 357, прусскій—§ 309, 310, тюрингенскій—art. 308).

Непосредственнымъ предметомъ взяточничества и лихоходательства были дары и другія выгоды («Geschenke oder andere Vorthelle»—саксонскій—art. 313, брауншвейгскій—art. 256, тюрингенскій—art. 309); наиболѣе широко понятіе выгоды было формулировано въ баварскомъ уложеніи, гдѣ было сказано: «Geschenk oder was immer für eines Vorthells» (art. 355), «einen unerlaubten Privatvortheil» (art. 358). Напротивъ въ другихъ кодексахъ содержаніе понятія выгоды вскрывалось ближе; такъ вюртембергское улож. говорило о «Geschenke oder einen anderen ihm nicht gebührenden Vortheil» (§ 159); баденское—«Geld oder andere Vermögensvorthelle zum Geschenk» (§ 662). Наконецъ, нѣкоторые кодексы различали понятіе дара и вознагражденія («Belohnung»—баварскій—art. 446, ганноверскій—art. 357, гессенскій—art. 453).

Въ заключеніе обзора партикулярнаго германскаго законодательства слѣдуетъ замѣтить, что наказаніемъ для различныхъ видовъ взяточничества служили самыя разнообразныя кары. Въ нѣкоторыхъ наиболѣе легкихъ случаяхъ взяточничество каралось дисциплинарно, въ другихъ—по существу дисциплинарныя мѣры приобрѣтали характеръ уголовныхъ взысканій, такъ какъ назначались въ порядкѣ уголовного суда, каковы удаленіе и отрѣшеніе отъ должности, исключеніе со службы («Suspension», «Dienstentlassung», «Dienstentsetzung»). Наиболѣе распространенными мѣрами взысканія были денежный штрафъ и различныя виды лишенія свободы включительно до самыхъ тяжкихъ («Gefängnis», «Kreisgefängnis», «Bezirksgefängnis», «Arbeitshaus», «Zuchthaus»).

Лихоходательство въ качествѣ общаго правила каралось мягче взяточничества; баденское уложеніе (§ 666) для того случая, когда должностное лицо дѣйствительно

выполнило подъ вліяніемъ взятки какое либо дѣйствіе по службѣ, назначало лиходателю тоже наказаніе, что и взяточнику; одинаковую отвѣтственность для взяточника и лиходателя устанавливало прусское уложеніе при судебномъ взяточничествѣ (§ 312, 1, 2).

Обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность, являлось дѣйствительное учиненіе взяточникомъ противоправнаго дѣянія служебнаго характера; въ этомъ случаѣ для взяточника возникала реальная совокупность (взяточничество и учиненное подъ вліяніемъ взятки преступное дѣяніе), для лиходателя—идеальная совокупность (лиходательство и подстрекательство къ учиненному взяточникомъ преступному дѣянію)¹⁾. Наконецъ, къ качествѣ мѣры дополнительной, примѣнялась конфискація дара или его цѣнности²⁾.

V. Дѣйствующее германское право.

Въ дѣйствующемъ германскомъ уложеніи постановленія о взяточничествѣ помѣщены въ самомъ началѣ 28-го отдѣла, посвященнаго должностнымъ преступленіямъ. Совмѣстно со взяточничествомъ стоятъ и постановленія о лиходательствѣ, которое признается преступнымъ дѣяніемъ самостоятельнымъ и предусмотрѣно здѣсь только вслѣдствіе тѣсной связи его со взяточничествомъ³⁾. Германскому уложенію извѣстны три вида взяточничества и два вида лиходательства.

¹⁾ См. вюртембергскій—art. 159, 2; баденскій—§ 666; баварскій—art. 356; ольденбургскій—art. 361; ганноверскій—art. 152 и 357; саксонскій—art. 314, 317; гессенскій—art. 450; нассаускій—art. 445; тюрингенскій—art. 309.

²⁾ Многія черты германскаго партикулярнаго законодательства были усвоены составителями нашего улож. о нак.

³⁾ Olshausen, Anm. I zu § 383.

Взяточничество простое или принятіе подарковъ, когда виновный принялъ или потребовалъ подарки или какія либо другія выгоды или же обѣщаніе таковыхъ за дѣйствіе, входящее въ кругъ его вѣдомства, но ненарушающее его служебнаго долга (§ 331)¹⁾. Взяточничество тяжкое, когда подарокъ или выгода, или обѣщаніе таковыхъ потребованы или приняты за дѣйствіе, входящее въ кругъ вѣдомства и въ тоже время нарушающее служебный долгъ виновнаго (§ 332), и взяточничество судебное—тягчайшее, когда подарокъ или выгода, или обѣщаніе таковыхъ приняты или потребованы органомъ судебной власти за веденіе или рѣшеніе дѣла въ пользу или во вредъ одного изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ (§ 334).

Лиходательство наказуемо въ болѣе узкихъ предѣлахъ; оно объемлетъ: 1) случаи предложенія, обѣщанія или доставленія подарка или выгоды должностному лицу или представителю вооруженной силы съ цѣлью побудить ихъ къ учиненію дѣйствія, противнаго долгу службы (§ 333), и 2) случаи предложенія, обѣщанія или доставленія подарка или выгоды органу судебной власти съ цѣлью побудить его къ направленію или рѣшенію дѣла въ пользу или во вредъ одной изъ участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ (§ 334, Abs. 2).

Такимъ образомъ, отдѣльные виды взяточничества различаются между собою по свойству виновниковъ (взяточничество общее и взяточничество судебное) и по характеру дѣятельности виновнаго правомѣрной и противной служебному долгу; лиходательство же различается по объекту воздѣйствія лиходателя: вообще должностное лицо и органъ судебный.

¹⁾ Въ германской литературѣ раздаются голоса за исключеніе этого вида взяточничества изъ круга уголовно-наказуемыхъ дѣяній и за отнесеніе его къ категоріи дисциплинарныхъ провинностей. См. напр. Meves, Н. Н., III, 966; Hälschner, Н. В. II, 1039; Teichmüller, ук. с. 45; Hofmeister, ук. с. 21; Birkmeyer, ук. с. 337 и друг.

При всѣхъ видахъ взяточничества дѣятельность виновнаго обрисовывается одинаково; это—принятіе, требованіе или допущеніе обѣщанія («annehmen, fordern, versprechen lassen») подарковъ или другихъ выгодъ; въ какой изъ этихъ формъ выразится преступная дѣятельность, совершенно безразлично. Форма дѣянія имѣетъ значеніе лишь для опредѣленія момента окончанія: при заявленіи требованія («fordern») взяточничество считается оконченнымъ съ момента такого предъявленія требованія мзды; напротивъ, при принятіи мзды или допущеніи обѣщанія ея («annehmen» и «versprechen lassen») необходимо предполагается предшествующая дѣятельность другого лица, и окончаніе взяточничества, учиняемаго въ этой формѣ, предполагаетъ наличность соглашенія двухъ сторонъ. Дѣятельность, предшествующая этому моменту, составляетъ покушеніе, возможность коего допускается и доктриной, и судебной практикой ¹⁾. Получаемая взяточникомъ мзда можетъ имѣть форму подарковъ или иной выгоды. Этому послѣднему понятію и въ доктринѣ, и въ судебной практикѣ придается весьма разнообразное значеніе. Судебная практика придерживается взгляда, который отстаивался еще Фейербахомъ. Согласно этому толкованію подъ понятіе выгоды подходитъ не только выгода матеріальнаго характера, но и выгода моральнаго свойства т. е. все то, что можетъ удовлетворить чувство честолюбія, тщеславія и т. п. ²⁾; другіе суживаютъ это понятіе и имѣютъ въ виду лишь выгоду матеріальную, болѣе или менѣе постоянную, длящуюся ³⁾; возможно,

¹⁾ См. напр. Binding, L. B. II, 726; Birkmeyer, S. 361, Hofmeister, S. 49; Olshausen, § 332, № 5; Frank, § 334, IV. Contra Meves H. H. III, 2, 964; Teichmüller, ук. с. 58.

²⁾ R. G. 5 Nov. 1883—Entscheid. IX, 167; Meves, H. H. III. 965; Hälschner, H. B. II, 1037—1038.

³⁾ v. Schwarze, Kommentar zu § 331, n. 6; Olshausen, zu § 331, n. 3; Schütze, L. B., 527; Alcalay, 42; Teichmüller, 18; Hofmeister, 16.

наконецъ, еще большее ограниченіе и пониманіе выгоды въ смыслѣ только выгоды имущественной (австр. проектъ угол. улож.).

Между подарками, выгодой или обѣщаніями ихъ съ одной стороны и дѣятельностью должностнаго лица—съ другой должна существовать причинная связь, выраженная въ §§ 331, 332 словомъ «für», а въ § 334 «um zu». Подарокъ или выгода должны быть въ представленіи какъ дающаго ихъ, такъ и принимающаго эквивалентомъ служебнаго дѣйствія; въ виду этого послѣднее (при взяточничествѣ-подкупѣ) должно быть до извѣстной степени опредѣлено, если не конкретно, то по крайней мѣрѣ въ общихъ чертахъ, чтобы эта связь между подаркомъ и дѣйствіемъ могла быть установлена ¹⁾.

Принятіе подарка или выгоды «aus Anlass oder bei Gelegenheit einer Amtshandlung, als Ausdruck des allgemeinen Wohlwollens oder aus gesellschaftlicher Höflichkeit» (особенно т. наз. чайныхъ денегъ) не можетъ быть признаваемо взяточничествомъ (R. G. I v. 25 Febr. 1889—Ent. XIX, 22) ²⁾.

¹⁾ См. R. G. III v. 8 Nov. 1879 (Ent. II, 129): „das sich das Geschenk nach Absicht des Gebers und des Empfängers, als ein Aequivalent oder eine Gegenleistung auf die in das Amt einschlagende Handlung bezogen habe, woraus folgt dass diese Handlung eine in dem Grade bestimmte und konkrete sein muss, dass eine solche bewusste Beziehung möglich und nachweisbar wird“. (Ent. XI, 219): „zur Anwendung der Strafvorschrift genügt, wenn die Mehrheit der Handlungen durch Umschreibung des Kreises, in welchem die einzelnen Handlungen fallen, so konkret gezeichnet ist, das über die Beziehung der Geschenke auf diese Mehrheit zwischen beiden Beteiligten kein Zweifel obwaltet“.

²⁾ Въ цѣляхъ болѣе ограниченнаго и въ тоже время правильнаго пониманія состава взяточничества нужно, по мнѣнію Гельшнера, искать границу не въ свойствахъ мзды, но въ обстоятельствахъ отдѣльнаго случая и, главнымъ образомъ, въ направленіи воли участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, въ томъ, съ какимъ намѣреніемъ мзда требуется или принимается (Hälschner, H. B. II, 1038). При обсужденіи § 331 въ рейхстагѣ было внесено предложеніе дополнить этотъ параграфъ, подобно соотвѣствующему параграфу прусскаго уложенія, словами: „zu denen er (der Beamte) gesetzlich nicht

Характеръ оплачиваемой дѣятельности виновнаго опредѣляется въ отношеніи къ отдѣльнымъ видамъ взяточничества различно. При простомъ взяточничествѣ (§ 331)—это «eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung». Согласно съ господствующимъ въ доктринѣ и практикѣ взглядомъ, подъ нимъ подразумѣвается дѣйствіе, входящее въ число служебныхъ функций должностнаго лица т. е. въ очерченный закономъ и инструкціями кругъ его обязательной дѣятельности. Отъ этого рода дѣятельности слѣдуетъ отличать такія дѣйствія должностнаго лица, которыя не относятся къ его служебнымъ обязанностямъ, но при совершеніи которыхъ должностное лицо использовало свое вліяніе или свой служебный авторитетъ¹⁾. Описательное выраженіе «eine in sein Amt einschlagende Handlung» совершенно равнозначуще съ выраженіемъ «Amtshandlung»²⁾. При простомъ взяточничествѣ это дѣйствіе опредѣляется, какъ «an sich nicht pflichtwidrige» т. е. какъ дѣйствіе не нарушающее законовъ или инструкцій, регулирующихъ или обуславливающихъ дѣятельность должностнаго лица, дѣйствіе не противорѣчающее служебному долгу³⁾,

berechtigt ist“. Въ виду этого слѣдуетъ, что наказуемость этого вида взяточничества отпадаетъ, какъ скоро имѣется законное разрѣшеніе начальства на принятіе мѣды (Hälschner, H. B. II, 1042).

¹⁾ R. G. IV 13 März 1885, (Ent. VII, 175): „Unter der im § 331 gedachten, in das Amt einschlagenden Handlung ist eine solche zu verstehen, welche innerhalb der amtlichen Funktionem des Beamten, also innerhalb des Kreises der demselben durch Gesetz oder Instruktion zur Pflicht gemachten Tätigkeit liegt. Eine weitere Ausdehnung des Begriffes auch auf solche Handlungen des Beamten, welche zwar nicht zu seinen amtlichen Funktionem gehören, von ihm jedoch unter Einsetzung seines amtlichen Einflusses oder seines amtlichen Autoritet vorgenommen wurden, erscheint nicht zulässig“.

²⁾ Hälschner, H. B. II, 1039; Meves, H. H. III, 966. Alcalay, 40; Teichmüller, 46; Binding, L. B. II, 732, 3; Birkmeyer, 349; Olshausen, Anm. 9a zu § 331; Frank, Anm. I zu § 331.

³⁾ Слова „an sich“ вызываютъ въ литературѣ возраженіе, какъ излишнія и только затемняющія смыслъ закона. См. напр. Meves, H. H. III, 966:

но можетъ быть какъ дѣйствіемъ предписаннымъ (gebottene), такъ и дѣйствіемъ только допускаемымъ (gestattete), можетъ заключаться какъ въ содѣяніи, такъ и въ опущеніи.

Какъ при взяточничествѣ простомъ, такъ и при взяточничествѣ тяжкомъ подарки и выгода могутъ приниматься или требоваться за дѣйствія, уже выполненныя, и за дѣйствія будущія, т. е. признается преступнымъ и наказуемымъ не только взяточничество-подкупъ ради будущихъ услугъ, но и взяточничество-вознагражденіе за услуги уже оказанныя; такой смыслъ постановленій §§ 331 и 332, опирающийся на мотивы закона, твердо усвоенъ судебной практикой и доктриной¹⁾. Съ нимъ не согласенъ только Биндингъ, который, на основаніи соображеній отчасти логическихъ, отчасти истори-

„Das Gesetz bedient sich der Worte „an sich nicht pflichtwidrig“. John (Entwurf § 631) wirft dieser Fassung vor, das die Worte „an sich“ überflüssig seien, weil die Handlung auch durch die Annahme von Geschenken nicht pflichtwidrig werde. Richtig ist, dass sie zum Verständniss des Gesetzes nicht erforderlich sind und bei der Auslegung desselben nicht betont werden dürfen“. Hälschner, H. B. II, 1039—1040: „wenn das Gesetz sie (Handlung) als eine „an sich“ nicht pflichtwidrige bezeichnet, so hat es damit offenbar nur ausdrücken wollen, das die strafbare Pflichtwidrigkeit nicht in der Amtshandlung selbst, sondern nur in dem Fordern, Annehmen oder Versprechenlassen eines Vortheils liegen dürfen. Da die Amtshandlung auch dadurch nicht zu einer pflichtwidrigen wird, so sind die Worte: „an sich“ nicht nur überflüssig, sondern auch geeignet den Irrthum zu erregen, als ob hier auch die Handlung gemeint sei, die an sich betrachtet zwar nicht pflichtwidrig, gleichwohl im concreten Falle die Verletzung einer Amtspflicht enthalte“. Alcalay, 40; Teichmüller, 46; Hofmeister, 19; Olshausen, Oppelhoff, Anm. zu § 331.

¹⁾ См. Мотивы къ § 328 проекта германскаго уголовного уложенія, стр. 146: „In dem die sog. passive Bestechung behandelnden § 328 (§ 332) will der Entwurf mittels der Worte „für eine Handlung“ den Thatbestand des Verbrechens nicht nur auf die Annahme von Geschenken und s. w. für eine künftige erst zu begehende pflichtwidrige Handlung, sondern auch auf die Annahme von Geschenken usw. für eine bereits begangene pflichtwidrige Handlung erstrecken, weil andernfalls die Strafvorschrift leicht illusorisch gemacht würde und erfahrungsgemäs der Empfang von Geschenken usw. für bereits begangene Pflichtwidrigkeiten ein Reizmittel bildet, dergleichen fernerhin zu begehen“.—R. G. III 5 Nov. 1883 (Ent. V, 670), III 8 Nov. 1879 (Ent. II, 129).

ческих, полагаетъ, что въ §§ 331, 332 имѣются въ виду лишь дѣйствія будущія, что взяточничество должно быть понимаемо какъ «Bestimmungsverbrechen» ¹⁾.

При взяточничествѣ тяжкомъ дѣйствіе должностного лица, которое оплачивается или ради котораго его подкупаютъ, опредѣляется, какъ такое, которое «eine Verletzung einer Amts oder Dienstpflicht enthält». Оно также должно входить въ предѣлы служебной компетенціи виновнаго и въ тоже время стоять въ противорѣчій съ законами и инструкціями, коими регулируется служебная дѣятельность должностного лица ²⁾.

Сюда относятся, главнымъ образомъ, тѣ случаи изъ служебной дѣятельности, гдѣ должностное лицо сознательно злоупотребляетъ предоставленнымъ ему правомъ свободного усмотрѣнія. Тутъ можетъ имѣть мѣсто реальная совокупность взяточничества съ какимъ либо должностнымъ преступленіемъ или проступкомъ, или съ дисциплинарной провинностью ³⁾.

¹⁾ Binding, Н. В. II, 713, 722, 727; Hälschner допускаетъ наказуемость взяточничества за учиненное уже служебное дѣйствіе, когда должностное лицо требуетъ вознагражденіе, но „сомнительно, — говоритъ онъ, — чтобы законъ шелъ дальше и объявлялъ наказуемымъ должностное лицо, которое принимаетъ вознагражденіе или обѣщаніе его за исполненное уже служебное дѣйствіе, такъ какъ подобную угрозу крайне трудно провести на практикѣ, да и само по себѣ подобнаго рода запретъ не можетъ быть, по его мнѣнію, признанъ правильнымъ“ (Н. В. II, 1040). Такія же сомнѣнія высказываетъ и Алкалай, стр. 39. Точку зрѣнія Биндинга на понятіе взяточничества въ германскомъ правѣ въ нашей литературѣ раздѣляетъ Неклюдовъ, который замѣчаетъ, что германское законодательство, подобно французскому и бельгійскому уложенію, исходитъ изъ понятія подкупа (Bestechung). (Юрид. Лѣтопись, 1890, июнь, стр. 496). Повидимому, этотъ терминъ германскаго законодательства ввелъ почтеннаго автора въ заблужденіе, такъ какъ никакого иного обоснованія своего взгляда онъ не приводитъ.

²⁾ R, G. II 6 Mai 1887 (Ent. XVI, 42—R. IX, 308); I. 10 Nov. 1887 (Ent. XVI, 300—R. IX, 573); II 9 Juni, 1896 (Ent. XXVIII, 424); IV 16 Juni 1903 (Ent. XXXVI, 66); Meves Н. Н. III, 967; Hälschner Н. В. II, 1043; Alcalay, 46; Hofmeister, 27.

³⁾ См. Meves, Н. Н. III, 967—968; Hälschner, Н. В. II, 1043; Olshausen, Anm. 7 zu § 332; Oppenhoff, Anm. 6 zu § 332; Schwarze Anm. 1 zu § 332.

При наиболѣе тяжкомъ видѣ взяточничества — взяточничествѣ судебномъ (§ 334) дѣятельность, ради которой подкупается судебный органъ, опредѣляется, какъ «um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachtheil eines Beteiligten zu leiten oder zu entscheiden». Несомнѣнно, здѣсь идетъ дѣло объ оплатѣ будущей дѣятельности судебного органа; принятіе вознагражденія за дѣйствія уже учиненныя сюда не подходят ¹⁾.

Но должна-ли эта дѣятельность быть непременно противной долгу или нѣтъ, вопросъ спорный. Преобладаетъ послѣдній взглядъ, такъ какъ судья можетъ повліять на положеніе участвующихъ въ дѣлѣ лицъ какъ путемъ учиненія дѣйствія, на которое онъ уполномоченъ и которое вполнѣ правомѣрно, такъ и путемъ дѣйствія, заключающаго въ себѣ элементъ нарушенія служебнаго долга; противоположное мнѣніе защищается Биндингомъ, въ виду весьма высокаго наказанія, установленнаго за этотъ видъ взяточничества ²⁾.

При судебномъ взяточничествѣ дѣло всегда идетъ относительно «Rechtssache» т. е. такого правового спора, въ которомъ участвуютъ стороны съ противоположными интересами и который можетъ быть разрѣшенъ лишь на основѣ правовыхъ положеній. Дѣйствіе виновнаго должно затронуть непременно интересы одного изъ участвующихъ

¹⁾ Признавая такой прямой смыслъ закона, Биркемейеръ въ тоже время находитъ, что „ratio legis der Bestrafung der p. Bestechung überhaupt (Bekämpfung der Käuflichkeit der Amtshandlungen) und der strengeren Bestrafung der Käuflichkeit der Richteramtshandlungen insbesondere trifft auch auf die Geschenkannahme für schon vollzogene Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zu Gunsten oder zum Nachteil eines Beteiligten vollkommen zu“ (ук. с. 343); Binding, L. B. II, 727, 2b; Alcalay, 48.

²⁾ Господствующій взглядъ защищаютъ Hälschner Н. В. II, 1070; Meves, Н. Н. III, 965; Alcalay, 48, 51, 57; Teichmüller 57; Birkmeyer, 372—373; Frank, Anm. I zu § 334; Rüdorf-Stenglein, § 334, I. Contra Binding, L. B. II, 728; Hofmeister, 33—35.

щихъ въ дѣлѣ лицъ, сдѣлать его положеніе въ дѣлѣ болѣе или менѣе благопріятнымъ; поэтому § 334 неприимѣнимъ къ такого рода мѣрамъ, принимаемымъ судьей, которыя не вліяютъ на положеніе участниковъ ¹⁾. Взяточничество необходимо является дѣяніемъ умышленнымъ; виновникъ сознаетъ, что вознагражденіе дается за служебное дѣйствіе уже учиненное или ради его учиненія и что онъ этого вознагражденія не долженъ принимать; при взяточничествѣ тяжкомъ виновникъ, кромѣ того, долженъ сознавать противоправный характеръ своего поведения и ошибка его въ этомъ отношеніи устраняетъ умыселъ. Равнымъ образомъ, не будетъ на лицо состава тяжкаго взяточничества, если должностное лицо, не учинивъ или не имѣя въ виду учинять дѣйствія, противнаго долгу, тѣмъ не менѣе представить это дѣйствіе лицу, отъ котораго оно требуетъ или принимаетъ вознагражденіе, какъ дѣйствіе, противное долгу; дѣйствіе это должно быть объективно противоправно ²⁾. Но не представляется необходимымъ для состава взяточничества, чтобы это противное долгу дѣйствіе было предпринято именно въ виду полученія за него вознагражденія ³⁾.

Простое взяточничество карается денежнымъ штрафомъ до 300 марокъ или тюремнымъ заключеніемъ до 6 мѣсяцевъ (§ 331), тяжкое—Zuchthaus'омъ на срокъ до 5 лѣтъ, а при наличности смягчающихъ обстоятельствъ—тюремнымъ заключеніемъ (§ 332), судебное взяточничество карается особо—Zuchthaus'омъ (§ 334). Помимо

¹⁾ См. Oppenheim, ук. с. 56; Binding, L. B. II, 557; Meves, H. H. III, 971; Hälschner, H. B. II, 1070.

²⁾ Hälschner, H. B. II, 1044; Meves, H. H. III, 967; Teichmüller, 55; Alcalay, 47; Hofmeister, стр. 27—28.

³⁾ Такой именно взглядъ защищаетъ v. Schwarze (Komment. Anm 5 zu § 332). но ему возражаетъ Teichmüller (стр. 54); ср. также Meves, H. H. III, 967.

личнаго наказанія обязательнымъ послѣдствіемъ взяточничества является отобрание въ казну полученнаго вознагражденія.

Границы наказуемаго лиходеательства германское уложеніе намѣчаетъ нѣсколько уже, сравнительно съ границами наказуемаго взяточничества. Лиходеательство наказуемо лишь, какъ подкупъ для склоненія къ дѣятельности, противной долгу службы. Лиходеательство съ цѣлью побудить къ учиненію правомѣрныхъ служебныхъ дѣйствій наказуемо только въ специальномъ законодательствѣ ¹⁾, а лиходеательство, какъ вознагражденіе за услуги уже оказанныя, правомѣрные или не правомѣрные, не наказуемо вовсе.

Съ внѣшней стороны дѣятельность лиходеателя заключается въ томъ, что онъ предлагаетъ, общаетъ или доставляетъ подарки или другія выгоды должностному лицу. Въ зависимости отъ формы дѣятельности различно намѣчается моментъ окончанія дѣянія. При предложеніи («anbieten») дѣяніе можетъ почитаться оконченнымъ, какъ скоро объ этомъ предложеніи сдѣлалось извѣстнымъ должностному лицу, хотя бы оно этого предложенія и не приняло; до этого момента, по мнѣнію нѣкоторыхъ, имѣетъ мѣсто стадія покушенія ²⁾.

При предоставленіи подарка или выгоды («gewähren») для окончанія дѣянія необходимо принятіе со стороны

¹⁾ См. напр. R. G. v. 12 Okt. 1867, betref. die Erhebung einer Abgabe von Salz (R. G. Bl. 41) § 17; R. G. v. 8 Juli 1868, betref. die Besteuerung des Branntweins in verschiedenen, zum Nord. d. Bund gehörenden Staaten und Gebietsteilen (R. G. Bl. 884) § 68; Vereinszollgesetz v. 1 Juli 1869 (R. G. Bl. 317) § 160; R. G. v. 31 Mai 1872 wegen Erhebung der Brausteuer (R. G. Bl. 153) § 36; R. G. v. 16 Juli 1879, betref. die Besteuerung des Tabaks (R. G. Bl. 245); R. G. v. 16 Juni 1895, betref. die Abänderung des Branntweins steuer-ges. v. 1887 (R. G. Bl. 265) § 27, z. 1; R. G. 27 Mai 1896 betref. Abänderung des Zuckersteuergesetzes (R. G. Bl. 109) § 53, z. 1; R. G. v. 9 Mai 1902, Schaumweinsteuergesetz (R. G. Bl. 155) § 19.

²⁾ Binding, L. B. II, 722; Alcalay, 55; R. G. Ent. XXVI, 421.

должностного лица предоставленных подарковъ или выгоды, хотя бы сдѣлано это было съ цѣлью представить полученное въ качествѣ вещественнаго доказательства для уличенія лихоходателя ¹⁾.

При наличности со стороны лихоходателя только обѣщанія («versprechen») для окончанія, по мнѣнію однихъ, требуется принятіе такого обѣщанія со стороны должностного лица («sich versprechen lassen») ²⁾, по мнѣнію другихъ достаточно одного доведенія до свѣдѣнія этого послѣдняго ³⁾.

При предложеніи подарка или выгоды или обѣщаніи ихъ присвоеніе предложеннаго или обѣщаннаго предполагается въ будущемъ, при предоставленіи же ихъ оно слѣдуетъ непосредственно.

Наказаніемъ для простого лихоходательства (§ 333) служить тюрьма, для тяжкаго (§ 234, 2)—Zuchthaus, который только при наличности смягчающихъ обстоятельствъ можетъ быть замѣненъ тюрьмой.

Такимъ образомъ, германское уложеніе, хотя и рассматриваетъ взяточничество и лихоходательство совместно, но тѣмъ не менѣе признаетъ ихъ дѣяніями вполнѣ самостоятельными и обособленными. Это видно прежде всего изъ установленія различныхъ границъ для наказуемости того и другого дѣянія, изъ установленія различныхъ условій для признанія дѣянія оконченнымъ и изъ различныхъ, наконецъ, размѣровъ отвѣтственности.

VI. Германскій и австрійскій проекты.

Оба проекта и германскій, и австрійскій близко придерживаются системы дѣйствующаго права.

¹⁾ Teichmüller, 22; Hälschner, H. B. II, 1045; Katzenstein, Die richterliche Bestechung, Zeitschrift, XXIII, 168.

²⁾ Hälschner, H. B. II, 1044; Birkmeyer, 359.

³⁾ Binding, L. B. II, 722; Alcalay, 55; Hofmeister, 40.

Германскій проектъ признаетъ постановку вопроса о взяточничествѣ и лихоходательствѣ въ дѣйствующемъ правѣ цѣлесообразной и потому считаетъ необходимымъ ее сохранить ¹⁾. Онъ, какъ и дѣйствующее уложеніе, признаетъ и взяточничество и лихоходательство двумя самостоятельными дѣяніями; лихоходательство наказывается легче, такъ какъ оно нарушаетъ обще-гражданскія обязанности, взяточничество же влечетъ болѣе суровую отвѣтственность, такъ какъ тутъ имѣетъ мѣсто нарушение специальныхъ обязанностей, лежащихъ на должностномъ лицѣ. Предѣлы наказуемости этихъ дѣяній не совпадаютъ: лихоходательство наказуемо лишь при склоненіи къ нарушенію служебнаго долга или вознагражденіи за такое нарушеніе.

Какъ и въ дѣйствующемъ правѣ для окончанія взяточничества достаточно одного заявленія требованія («fordern»), а для окончанія лихоходательства—одного предложенія («anbieten»). Проектъ признаетъ уголовно-наказуемымъ какъ взяточничество-подкупъ, такъ и взяточничество-вознагражденіе и не принялъ предложенія объ отнесеніи взяточничества-вознагражденія за услуги правомѣрнаго характера къ области дисциплинарныхъ провинностей. Такое суженіе области уголовно-наказуемаго взяточничества, по мнѣнію авторовъ проекта, не обезпечиваетъ всесторонней охраны начала чистоты служебной дѣятельности и кромѣ того не отвѣчаетъ практическимъ потребностямъ: кто пожелаетъ подкупить должностное лицо, тотъ чаще избираетъ нуть послѣдующей оплаты, особенно если онъ знаетъ, что подкупаемое должностное лицо молчаливо предполагаетъ въ будущемъ получить вознагражденіе за свою дѣятельность. Кромѣ того, въ большинствѣ случаевъ совершенно нельзя доказать, до

¹⁾ Vorentwurf zu einem deut. Strafgesetzbuch. Begründung. Bes. Teil, S. 613 и слѣд.

учиновения или послѣ учиновения служебнаго дѣйствія даръ былъ потребованъ или принятъ. Эта трудность доказательства момента получения дара не устраняетъ и встречающееся въ доктринѣ предложеніе ограничить наказуемость взяточничества-вознагражденія за учиненныя правомѣрные дѣйствія случаями требованія такого вознагражденія.

Въ виду этихъ соображеній, проектъ при разработкѣ статей о взяточничествѣ ограничился, главнымъ образомъ, поправками редакціоннаго характера.

Прежде всего, онъ избѣгаетъ самаго термина «Bestechung» (§ 332=§ 197), какъ, дѣйствительно, несоответствующаго характеру дѣянія, но проектъ не рѣшился замѣнить этотъ терминъ словомъ: «Bestechlichkeit», какъ предлагалъ Биркемейеръ, такъ какъ оно скорѣе примѣнимо для обозначенія свойства или склонности, а отнюдь не дѣянія.

Далѣе проектъ, вмѣсто «für eine in sein Amt einschlagende an sich nicht pflichtwidrige Handlung» — опредѣленія, вызывающаго на практикѣ рядъ недоумѣній, говорить просто: «nicht pflichtwidrige Amtshandlung» при этомъ сохраняетъ за союзомъ «für» прежнее значеніе, т. е., принятіе подарка и служебное дѣйствіе должны быть между собою въ причинной связи. При этомъ необходимо, однако, имѣть въ виду, что подарки, вызванные чувствомъ дружбы, вѣжливости или родственными соображеніями, нельзя считать стоящими въ причинной связи со служебными дѣйствіями, и потому какъ предложеніе ихъ, такъ и принятіе не могутъ быть признаны наказуемыми. Получаемая взяточникомъ выгода именуется «nicht gebührende Vorteil», чѣмъ подчеркивается ея объективно-противоправный характеръ, поэтому если должностное лицо имѣло право получить подарки или извлечь

выгоду, то это принятіе подарковъ не можетъ быть сочтено за наказуемое взяточничество.

Въ § 197 (§ 332) проектъ устраняетъ различіе между «Amts» и «Dienstpflicht» и говоритъ о «Verletzung der mit der Amtsführung verbundenen Pflichten»¹⁾.

Проектъ не оговариваетъ особо случая, когда подъ влияніемъ взятки должностное лицо дѣйствительно допустило нарушение долга въ виду того, что если это нарушение долга является дѣяніемъ уголовно-наказуемымъ, то виновникъ будетъ наказанъ на основаніи правилъ о совокупности или же подвергнется дополнительной отвѣтственности въ порядкѣ дисциплинарномъ.

§ 333 дѣйствующаго уложенія замѣненъ въ проектѣ § 197, 2; установленіемъ тѣсной связи со взяточничествомъ, предусмотрѣннымъ § 197, 1 указывается на наказуемость лихоательства не только при подкупѣ ради будущихъ услугъ, но и при вознагражденіи за услуги уже оказанныя, если онѣ связаны съ нарушеніемъ служебнаго долга.

Постановленія о судебномъ взяточничествѣ и лихоательствѣ содержатся въ § 198.

Кругъ возможныхъ субъектовъ судебного взяточничества опредѣленъ въ проектѣ болѣе полно, чѣмъ въ дѣйствующемъ уложеніи, ибо § 334, 1 говорилъ только о коронныхъ судьяхъ, а не изъ коронныхъ судей упоминалъ лишь присяжныхъ и шеффеновъ, вслѣдствіе чего всѣ другіе некоронные судьи, какъ напр. члены промышленныхъ, коммерческихъ судовъ, засѣдатели колоніальныхъ, консульскихъ судовъ и т. п. въ случаѣ учиненія ими взяточничества не могутъ быть судимы по § 334, 1. Только путемъ толкованія, далеко не безъ

¹⁾ Gegenentwurf Листа и друг. пользуется еще болѣе упрощенной формулировкой и говоритъ о „pflichtwidrige Handlung“.

спорного, члены административного суда («Verwaltungsgericht») подводились подъ понятие судей. Формулировка, усвоенная проектомъ: «die zur Ausübung des Richteramts berufene Personen» открываетъ возможность восполнить пробѣлъ дѣйствующаго права. Проектъ, подобно дѣйствующему уложенію (§ 334, 1) предусматриваетъ только взяточничество-подкупъ, такъ какъ, по словамъ объяснительной записки, только этотъ видъ судебного взяточничества требуетъ выдѣленія съ точки зрѣнія народнаго правосознанія; въ остальныхъ случаяхъ взяточничества судьи будутъ подлежать отвѣтственности по общимъ правиламъ объ отвѣтственности за взяточничество. Также и лихоходатель: онъ карается по § 198, 2, если имѣется въ виду подкупъ судьи; если же дѣло идетъ объ оплатѣ уже оказанныхъ услугъ въ области правосудія, то примѣнимъ § 197, 2¹⁾.

Наконецъ, сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ, проектъ измѣняетъ санкцію, устанавливаетъ новые виды наказанія, увеличиваетъ цифру штрафа, что объясняется измѣненіемъ экономическихъ условій; послѣдствіемъ осужденія за взяточничество является конфискація полученнаго дара или его цѣнности (§ 199); предложеніе взыскивать цѣнность дара только предложеннаго не было принято составителями проекта.

Австрійскій проектъ 1909 г., въ отличіе отъ дѣйствующаго австрійскаго уложенія, различаетъ понятія взяточничества и принятія подарковъ. Онъ исходилъ отъ мысли о необходимости съ помощью угрозы уголовного закона охранять начало безмездности и чистоты служебной дѣятельности. Неподкупность должностнаго лица — одно изъ важнѣйшихъ условій здороваго существованія

¹⁾ Gegenentwurf Листа и друг. усвоилъ ту же формулировку, но не упоминаетъ о третейскомъ судѣ.

общественнаго организма. Государство должно требовать отъ своихъ гражданъ, чтобы они сами уважали чистоту служебной дѣятельности и не пытались совращать должностныхъ лицъ съ пути строгаго служенія долгу.

Наиболѣе легкимъ видомъ взяточничества является принятіе подарковъ (§ 175); оно имѣетъ мѣсто, когда должностное лицо принимаетъ, выражаетъ согласіе получить или даже требуетъ для себя или кого либо третьяго неподлежащую имущественную выгоду съ тѣмъ, чтобы произнести рѣшеніе по судебному дѣлу или рѣшить какое либо дѣло публичнаго характера, или когда должностное лицо заявляетъ требованіе о предоставленіи ему такой выгоды за уже выполненныя дѣйствія служебнаго характера. Принятіе подарка за услуги уже оказанныя, по мнѣнію составителей проекта, должно быть отнесено къ области дисциплинарныхъ проступковъ; только заявленіе требованія («begehren») о вознагражденіи за оказанныя услуги признается дѣяніемъ уголовно наказуемымъ. Взяточничество отличается отъ принятія подарковъ характеромъ дѣйствій, учиняемыхъ за взятку или ради полученія взятки: они опредѣляются какъ «Verletzung der Amtspflicht oder Dienstpflicht» (§ 174, 1) и какъ «Missbrauch der Amtsgewalt» (§ 174, 2); въ случаѣ если эти нарушенія служебнаго долга являются должностными преступленіями, отвѣтственность взяточника опредѣляется по правиламъ о совокупности.

Соотвѣтственно двумъ видамъ взяточничества проектъ различаетъ и два вида лихоходательства: доставленіе, обѣщаніе или предложеніе имущественной выгоды должностному лицу съ цѣлью склоненія его къ нарушенію служебнаго долга или съ цѣлью склоненія къ злоупотребленію властью, или учиненіе указанныхъ дѣйствій въ видахъ вознагражденія за совершенныя уже нарушенія служебнаго долга или злоупотребленія властью (§ 173).

Для наказуемости лиходателя не имѣетъ значенія, является ли нарушение служебнаго долга, къ которому должностное лицо склоняется съ помощью взятки, дѣяніемъ уголовно-наказуемымъ или только дисциплинарной провинностью. Склоненіе должностнаго лица къ образу дѣйствій, хотя и не соответствующему занимаемому имъ положенію, но не стоящему въ связи съ его служебной дѣятельностью, не подходитъ подъ понятіе лиходательства. Проектъ подразумѣвалъ это, но не считалъ нужнымъ подчеркивать, такъ какъ и дѣйствующій законъ (§ 311) этого не дѣлаетъ и тѣмъ не менѣе смыслъ его не возбуждаетъ сомнѣній на практикѣ. Такимъ образомъ, лиходательство наказуемо лишь какъ подкупъ ради учиненія неправомѣрныхъ дѣйствій или какъ вознагражденіе за такого рода дѣйствія; лиходательство при дѣяніяхъ правомѣрныхъ ненаказуемо, такъ какъ лиходатель въ данномъ случаѣ не преслѣдуетъ никакой недозволенной цѣли и часто даже не понимаетъ противоправнаго значенія своего подарка. Послѣднее замѣчаніе нѣсколько идетъ въ разрѣзъ съ приведенными выше разсужденіями о необходимости уваженія къ чистотѣ служебныхъ дѣйствій, которымъ должны быть проникнуты всѣ граждане. Судебнаго взяточничества и подкупа судей проектъ не выдѣляетъ на томъ основаніи, что и чиновники администраціи могутъ быть привлечены къ производству дѣлъ, имѣющихъ выдающееся значеніе ¹⁾).

Принятіе подарковъ карается наравнѣ съ болѣе легкимъ видомъ лиходательства (тюрьма или арестъ отъ 3 дней до 6 мѣсяцевъ, § 175 и § 173, 1); взяточничество карается строже (тюрьма отъ одной недѣли до одного года, или отъ 3-хъ мѣсяцевъ до 5 лѣтъ, или болѣе суровое лишеніе свободы—«Kerker» на срокъ отъ одного

¹⁾ Erläuternde Bemerkungen z. Vorentwurf 1909, S. 192—194.

года до 5 лѣтъ—§ 174, между тѣмъ какъ болѣе тяжкій видъ лиходательства карается тюрьмой или арестомъ на срокъ отъ 4-хъ недѣль до 3-хъ лѣтъ).

Полученная виновнымъ имущественная выгода подлежитъ конфискаціи (§§ 174 и 175).

ГЛАВА IV.

Французское право.

I. Французское законодательство до издания Code pénal 1810 г.

Самостоятельная правовая жизнь Франціи началась съ распадація монархіи Карла Великаго; до этого времени она была подчинена дѣйствію тѣхъ же законодательныхъ нормъ, которыя были разсмотрѣны выше при обзорѣ исторіи германскаго законодательства.

Въ первыхъ памятникахъ французскаго законодательства еще живо чувствуются слѣды римскаго права. Подъ понятіе должностного преступленія—«malversation d'officier» подводилось всякое злоупотребленіе властью, учиняемое должностнымъ лицомъ при отправленіи имъ своихъ обязанностей. Различалось три главныхъ вида должностныхъ преступленій: concussion, faux, peculat ¹⁾.

Понятіе «concussion» почти вполне совпадало съ римскимъ понятіемъ «crim. rerum repetundarum». Оно обнимало собою случаи такого злоупотребленія властью, которыя выражались въ требованіи неподлежащаго вознагражденія или требованіи вознагражденія въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ это слѣдуетъ ²⁾. Хотя каждое должно-

¹⁾ Jousse, Traité de la justice criminelle en France, III, 767—768.

²⁾ Muyart de Vouglans, Les loix criminelles de France, Liv. III, Tit. II, § XIII, p. 162. По опредѣленію Jousse: „Le crime de concussion, se commet ainsi qu'on vient de l'observer, toute les fois qu'une personne constituée en quelque charge publique, ou en quelque administration ou commission, se sert de son autorité pour extorquer de l'argent ou des presents, ou quelque autre chose, de ceux sur qui sa charge ou son emploi lui donne quelque pouvoir; ou qu'il exige de plus grands droits que ceux qui lui appartiennent suivant les Ordonances & Reglements“, t. III, p. 769.

стное лицо могло учинить любое изъ указанныхъ должностныхъ преступленій, но, по словамъ Жюсса «concussion» было наиболѣе обычнымъ преступленіемъ для «Ministres d'Etat, Gouverneurs и Intendants».

Вышняя форма, въ которую выливалось это преступное дѣяніе, была самая разнообразная. Виновниками «concussion» могли быть прежде всего намѣстники и интенданты провинцій (Gouverneurs & Intendants de Provinces), взимавшіе деньги за освобожденіе отъ военной службы или барщины, или за предоставленіе какой либо другой льготы; далѣе начальники военныхъ отрядовъ (Chefs & Membres des Compagnies Militaires), взимавшіе, требовавшие и даже вымогавшіе деньги за освобожденіе отъ военного постоя; сеньеры (Seigneurs), обременявшіе подвластныхъ имъ лицъ новыми налогами; и, наконецъ, судебные органы (Officiers de Justice, какъ-то: Juges, Gens du Roi, Greffiers, Huissiers, Avocats, Procureurs & Notaires), злоупотреблявшіе своими обязанностями ради притѣсненія сторонъ (pour vexer les parties) ¹⁾.

Особымъ многообразіемъ отличалось «concussion», учиняемое органами судебными; оно привлекало къ себѣ вниманіе законодателя въ наибольшей мѣрѣ. Судьи впадаютъ въ это преступленіе, когда они, злоупотребляя ввѣренной имъ королямъ властью, требуютъ приношеній отъ лицъ имъ подсудныхъ. Это преступленіе, по словамъ Жюсса, является однимъ изъ наиболѣе гнусныхъ и тяжко наказуемыхъ. Если съ точки зрѣнія и божескихъ и человѣческихъ законовъ постыдно для судьи принимать то, что ему предлагается, хотя бы и добровольно, то еще болѣе постыдно добиваться этого съ помощью насилия или угрозъ отказомъ въ правосудіи ²⁾.

¹⁾ Muyart de Vouglans, p. 162.

²⁾ Jousse, p. 771.

Жусс проводит подробный перечень всех возможных злоупотреблений различных судебных органов съ указаніемъ тѣхъ законодательныхъ памятниковъ, которыми они предусмотрены.

«Concussion» имѣетъ мѣсто: 1) когда судебные органы вступаютъ въ соглашеніе по поводу учиненія чего либо за деньги или иное вознагражденіе, которое имъ дается или обѣщается, какъ напр. сдѣлки съ обвиняемыми, или соглашенія съ сенъерами относительно приговоровъ въ ихъ пользу къ болѣе крупнымъ штрафамъ, чѣмъ заслуживаютъ виновные, или относительно невозбужденія преслѣдованія по преступленіямъ, имъ извѣстнымъ; уступка или передача спорныхъ правъ, дѣла о которыхъ подсудны имъ самимъ¹⁾; полученіе денегъ за учиненіе какой либо несправедливости («pour commettre quelque injustice»), какъ напр. осужденіе невиннаго или заключеніе подлѣ стражу или примѣненіе пытки въ случаѣхъ, указанныхъ закономъ; 2) когда судебные органы безъ всякаго соглашенія получаютъ что либо отъ сторонъ, что выходитъ за предѣлы допустимаго подарка или вознагражденія за труды (d'autres titres, que d'epices & vocations), когда напр. они принимаютъ плату (pensions) или участвуютъ лично или черезъ дѣтей, родителей или домашнихъ въ прибыляхъ (benefices)²⁾; получаютъ подношенія³⁾; живутъ на издѣленіи сторонъ во время выѣздовъ и мѣстныхъ осмотровъ⁴⁾; однимъ словомъ, когда они позволяютъ себѣ поступать такимъ образомъ, который подходитъ подлѣ понятіе учиненнаго «per gratias, inimicitias, sordes» и который можетъ послужить основа-

1) Ord. Orleans, art. 55.

2) Ord. de Moulins, art. 19, 20.

3) Ord. de Blois, art. 114.

4) Ord. 1667, Tit. 21, art. 15. Myart de Vouglans, p. 163; Jousse, 111,

ніемъ для отвода или для предъявленія требованія о возмѣщеніи вреда.

Въ цѣляхъ предупрежденія злоупотребленій, объемлемыхъ понятіемъ «concussion», старые ордонансы предписывали мѣры, продиктованныя еще государственною мудростью римскихъ политиковъ; они запрещали мѣстникамъ дѣлать какія либо приобрѣтенія въ предѣлахъ управляемыхъ ими провинцій, подлѣ угрозой признанія ничтожными заключенныхъ сдѣлокъ и конфискаціи приобрѣтеннаго, устраивать браки между своими дѣтьми и жителями провинцій, заключать въ монастырь лицъ, подчиненныхъ ихъ юрисдикціи, извлекать изъ нихъ выгоду¹⁾.

Точно установленнаго наказанія за указанные случаи злоупотребленій должностныхъ лицъ не было; оно назначалось сообразно съ обстоятельствами дѣла и личными качествами виновнаго. Ordon. 1629 г., art. 166 гласилъ: «voulons que le crime de concussion soit punie severement suivant des Ordonances»²⁾. Въ дѣйствительности виновные подлежали временному устраненію отъ должности, выговору, изгнанію, ссылкѣ на галеры, «amende honorable», смертной казни. Къ личнымъ наказаніямъ присоединялись денежныя, какъ напр. возмѣщеніе ущерба въ четверномъ размѣрѣ, денежныя штрафы³⁾. Органы суда за взяточничество при раасмотрѣніи уголовныхъ дѣлъ подлежали болѣе суровой отвѣтственности, чѣмъ при раасмотрѣніи гражданскихъ дѣлъ; въ случаѣ осужденія къ смертной казни невиннаго сами судьи подлежали смертной казни⁴⁾. Наказанія, установленныя для судей и другихъ должностныхъ лицъ, которые злоупотребляли

1) Ord. de saint Louis 1254, Ord. de Charles VI, 1388. Jousse, 111, 770.

2) Jousse, 111, 772.

3) Тамъ-же.

4) Myart de Vouglans, p. 165.

своими полномочіями, примѣнялись и къ участникамъ («complices participants de leur malversations») ихъ злоупотребленій; всѣ, кто подкупали судей, чтобы склонить ихъ къ неправосудію, подлежали тѣмъ же наказаніямъ, что и подкупленные судьи т. е. *roepae arbitrariae*, назначаемымъ сообразно съ обстоятельствами отдѣльнаго случая ¹⁾; вознагражденіе или обѣщаніе его за произнесеніе приговора, задержку или ускореніе дѣла влекло за собою потерю права на искъ и кромѣ того штрафъ въ размѣрѣ, зависящемъ отъ обстоятельствъ дѣла и положенія виновнаго ²⁾, но если кто прибѣгалъ къ подкупу для спасенія своей жизни, свободы или въ цѣляхъ уклоненія отъ значительнаго наказанія, тотъ могъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности; равнымъ образомъ, не подлежалъ отвѣтственности тотъ, кто подкупалъ судью ради обезпеченія своего права, избѣжанія притѣсненія или для ускоренія рѣшенія дѣла. Однако всѣ эти цѣли, освобождающія отъ наказанія, должны быть точно установлены; въ противномъ случаѣ освобожденіе отъ наказанія не могло имѣть мѣста ³⁾.

Такимъ образомъ, въ старо-французскомъ правѣ широкое понятіе «*concussio*» обнимало и понятіе взяточничества и лиходеательства; лиходеатель признавался соучастникомъ взяточника. Взяточничество — «*corruption*» было отдѣлено отъ «*concussion*» впервые въ *Cod. pén.* 1791 г., причемъ въ качествѣ критерія, разграничивающаго эти два дѣянія былъ выдвинутъ мотивъ, на который должностное лицо ссылалось въ оправданіе своего образа дѣйствія: при «*concussion*» должностное лицо проситъ или получаетъ завѣдомо то, что ему по закону не слѣдуетъ; при «*corruption*» онъ получаетъ то, что ему сво-

¹⁾ Jousse, III, 782.

²⁾ Jousse, III, 782—783.

³⁾ Jousse, III, 783.

бодно могутъ дать или не дать; въ первомъ случаѣ должностное лицо требуетъ себѣ извѣстную сумму денегъ, якобы на основаніи закона; во второмъ случаѣ онъ ограничивается полученіемъ денегъ въ видѣ приношенія или подарка, или требованіемъ ихъ какимъ либо способомъ, но безъ ссылки на законъ («*sans les réclamer à titre de taxe ou de salaire*»); понятіе «*concussion*» здѣсь сливается съ понятіемъ лихоимства въ соб. смыслѣ ¹⁾.

Учредительное собраніе установило суровыя наказанія должностнымъ лицамъ, уличеннымъ во взяточничествѣ. Всякое должностное лицо, всякій гражданинъ, занесенный въ списки судей, уличенные въ томъ, что за деньги, подарки или обѣщанія ихъ продали свой голосъ или учинили что либо въ предѣлахъ ихъ полномочій, подлежали «*degradation civique*». Внѣшнимъ выраженіемъ этого наказанія была выставка у позорнаго столба въ теченіе двухъ часовъ и провозглашеніе осужденнаго безчестнымъ. Присяжный, принесшій уже присягу, уголовный судья, чиновникъ судебной полиціи, уличенные въ томъ же преступленіи, подлежали 20 годамъ одиночнаго заключенія; члены же законодательнаго корпуса наказывались за это смертной казнью. *Cod.* 3 brum. IV ап. ничего не измѣнилъ въ наказуемости этого дѣянія (*art. 644 forfaiture*), сохранивъ то же «*degradation civique*» ²⁾.

II. Дѣйствующее французское законодательство.

Въ дѣйствующемъ французскомъ правѣ постановленія о взяточничествѣ и лиходеательствѣ помѣщены среди другихъ должностныхъ преступленій (*L. III, tit. I, section II de la forfaiture et des crimes et delits des fonction-*

¹⁾ Garraud, *Traité* IV, 30—31.

²⁾ F. Helie, *Théorie du Code penal*, II, 596—597.

naires publics dans l'exercice de leurs fonctions; § IV—de la corruption des fonctionnaires publics art. 177—183).

Отличаясь большой казуистичностью, постановления эти предусматривают лишь один вид взяточничества—взяточничество-подкуп ради учинения каких либо действий служебного характера; изъ этого понятия взяточничества въ качествѣ болѣе тяжкаго вида французскаго уложения выделяетъ взяточничество уголовного судьи (art. 181—182). Рядомъ со взяточничествомъ, но въ качествѣ совершенно самостоятельнаго дѣянія предусматриваетъ лиходеительство, понимаемое какъ подкупъ съ цѣлью склоненія должностнаго лица къ учиненію определенныхъ действий служебнаго характера (art. 179) ¹⁾.

Очерчивая составъ взяточничества, французское уложение говоритъ о трехъ различныхъ группахъ возможныхъ виновниковъ взяточничества и особо обрисовываетъ оплачиваемую лиходеателемъ дѣятельность каждой изъ этихъ группъ. Возможными виновниками взяточничества являются прежде всего должностныя лица—fonctionnaires, подъ которыми судебная практика ²⁾ понимаетъ дѣйстви-

¹⁾ Отдѣленіе взяточничества отъ лиходеательства не встрѣчаетъ сочувствія въ доктринѣ. F. Helie (Theorie, t. II, 599) и Garrand (Traité, t. IV, 56) признаютъ эту систему неправильной: Человѣкъ, побуждающій должностное лицо предложеніями, общаніями, подарками и подношеніями нарушить законъ, и должностное лицо, уступающее подкупу, должны быть разсматриваемы, какъ совиновники, къ которымъ слѣдуетъ примѣнить одно и тоже наказаніе, такъ какъ дѣяніе, въ которомъ они оба принимали участіе, составляетъ изъ двухъ частей: предложеніе и принятіе его, и подкупъ можетъ быть признакъ оконченнымъ, какъ скоро предложеніе принято.

²⁾ По отношенію къ данному дѣянію подъ это понятіе судебная практика подводитъ: а) секретарей судовъ, такъ какъ они хотя и не должностныя лица въ собственномъ смыслѣ, но agents et préposés d'une administration publique" (Cass. 17/VII 1828—Bul. cr. N. 209); б) employés префектуръ и супрефектуръ—Cass 16/VIII 1843 (Bul. cr. n. 1); 25/XI 1875 (Bul. cr. n. 329) и 30/IX 1886 (Bul. cr. n. 327); в) полевыхъ, дѣсныхъ сторожей и сторожей частныхъ лицъ—Blanche, t. III, n. 411; Cass. 12/XI 1812 (Bul. cr. n. 243); 1/X 1813 г. 9/VIII 1826 (Bul. cr. n. 162); д) врачъ приглашаемые

тельныхъ представителей, непосредственныхъ или посредственныхъ, постоянныхъ или временныхъ, исполнительныхъ или судебной власти ¹⁾. Напротивъ, подъ это понятіе должностныхъ лицъ (fonctionnaires) практика не подводитъ «les simples commis» т. е. лицъ, дѣствующихъ отъ имени членовъ общественныхъ учреждений (administration publique; 2) арбитры и эксперты (по ред. art. 177 по зак. 1863 f.; 3) послѣ закона 1889 г. «toute personne investie d'un mandat électif»; при чемъ, въ виду общности употребленнаго выраженія, подъ это понятіе могутъ быть подведены вообще всѣ лица, занявшія какое либо общественное положеніе въ силу избранія и продающія свое дѣйствительное или предполагаемое вліяніе, приобретенное избраніемъ.

Но помимо этихъ трехъ главнѣйшихъ категорій возможныхъ виновниковъ, art. 177 говоритъ еще о лицахъ, которыя, не подходя ни подъ одну изъ нихъ, учиняютъ перечисленныя въ законѣ дѣянія, пользуясь своимъ вліяніемъ на лицъ, занимающихъ какое либо официальное положеніе ²⁾. Виновный долженъ занимать дѣйствительно одно изъ указанныхъ положеній; а не только выдавать себя за такового; въ противномъ случаѣ его дѣяніе не можетъ быть подведено подъ понятіе взяточничества, и будетъ разсматриваться какъ мошенничество.

для освидѣтельствованія рекрутовъ (15/II 1828 г.) Garrand, t. IV, 62; F. Helie; t. II, 600. Подробный перечень возможныхъ виновниковъ см. Dalloz, Juris. gén. Cod. pén. art. 177; n. 15—29.

¹⁾ См. Garrand; t. IV, 58: «Non seulement les fonctionnaires, mais toutes les personnes encadrées dans l'organisation administrative ou judiciaire»; F. Helie, t. II, 601.

²⁾ Garrand (t. IV, 64—65) признаетъ такое разширеніе понятія взяточничества излишнимъ, а Birkmeyer замѣчаетъ: „In Wahrheit geht schon jede Ausbeutung des Begriffs der Bestechung auf die Korruption von Persönlichkeiten aus, die keine Amtsinhaber sind, aber das Mass dessen hinaus, was sich nach der ganzen Natur der Bestechung gesetzgebend feststellen lässt“ (ук. с. 348—349).

Но взяточничество не теряет своего характера, если при назначении учинившаго его должностного лица были допущены кое-какія не существенныя неправильности, не мѣшавшія виновному пользоваться своимъ положеніемъ ¹⁾.

Съ внѣшней стороны взяточничество заключается въ принятіи подарковъ, подношеній, предложеній или обѣщаній («qui aura agréé des offres, ou promesses, ou reçu des dons ou presents») (art. 177). Подарки и обѣщанія ихъ, разнообразныя по своей внѣшней формѣ, должны имѣть имущественную природу ²⁾. Но art. 177 не можетъ быть примѣненъ, если должностное лицо учинило что либо или чего либо не сдѣлало подъ вліяніемъ только уговоровъ и просьбъ ³⁾. При этомъ не имѣетъ существеннаго значенія непосредственность какъ врученія, такъ и принятія дара: и то, и другое можетъ быть учинено при посредствѣ третьихъ лицъ, такъ какъ центръ тяжести дѣянія въ изъясненіи должностнымъ лицомъ готовности принять предлагаемый даръ ⁴⁾; поэтому и для окончанія дѣянія достаточно одного принятія дара или согласія на его получение; преслѣдованіе за взяточничество можетъ быть возбуждено, хотя-бы принявшее подарокъ должностное лицо не выполнило со своей стороны взятаго на себя обязательства. Но если должностное лицо, принявъ подарки за невыполненіе своихъ

¹⁾ Cass. 11/VI 1813 (Bul. cr. n. 127); Garraud, t. IV, 65.

²⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 177, n. 38—42. Cass. 6/IX 1811 г.; 7/I 1808 г.; 16/I 1812 г.

³⁾ Въ этомъ случаѣ можетъ быть рѣчь о примѣненіи art. 183.—См. Dalloz, Jur. gen. Répertoire, Forfaiture, n^o 115.

⁴⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 177, n. 37; Répertoire, Forfaiture, n. 116. Garraud (t. IV, 57, 58, 78, 79, 80) не усматриваетъ взяточничества въ принатіи подарка въ знакъ признательности, принатіи, которому не предшествовало предварительное соглашеніе. См. также F. Helie, t. II, 605.

обязанностей, выполнило то, что оно обѣщало недѣлать, то состава взяточничества нѣтъ ¹⁾.

Французское уложеніе различно обрисовываетъ ту дѣятельность виновниковъ, ради которой даются взятки и проч. Это, по словамъ закона, прежде всего: «faire un acte de son emploi, meme juste, mais non sujet à salaire» (art. 177), (1) или «se sera abstenu de faire un acte qui entrerait dans l'ordre des ses devoirs» (2), или «pour rendre une decision ou donner une opinion favorable à l'une des parties» (3), или «pour faire obtenir des décorations, médailles, distinctions ou récompenses, des places, fonctions ou emplois, des faveurs quelconques, accordées, par l'autorité publique, des marchés, entreprises, ou autres bénéfices résultant de traités conclus également avec l'autorité publique et aura ainsi abusé de l'influence réelle ou supposée, que lui donne son mandat» (4), или «soit en faveur soit au préjudice de l'accusé» (art. 181).

Такимъ образомъ, законъ при взяточничествѣ караетъ торговлю своими служебными обязанностями, а не торговлю своимъ вліяніемъ, связаннымъ съ должностнымъ положеніемъ; это, замѣчаетъ Гарро, болѣе проступокъ должности, чѣмъ должностного лица ²⁾.

Актъ должностного лица, исполненіе котораго покупается или, напротивъ, отъ котораго откупаются, долженъ входить въ компетенцію подкупаемаго должностного лица, составляетъ его полномочіе или обязанность ³⁾. Дѣйствіе, выходящее изъ предѣловъ компетенціи должностного лица, которое онъ не можетъ выполнить въ силу своего служебнаго положенія, разсматривается не какъ актъ должностной (acte de la fonction), а какъ

¹⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. annoté, art. 177, n. 60, 61, 67. Répertoire, n. 126.

²⁾ Garraud, t. IV, 68; Helle, t. II, 606.

³⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 177, n. 44 и слѣд.; Cass. 1/X 1813 г.; 16/IX 1820 г.; 19/VIII 1826 г.

дѣйствіе даннаго должностнаго лица (*acte du fonctionnaire*) и оплата такого дѣйствія не составляетъ взяточничества, но можетъ быть разсматриваема какъ мошенничество (*escroquerie*)¹⁾. Дѣйствіе должностнаго лица, ради котораго даются подарки и проч., по характеру своему, можетъ быть правомѣрнымъ или неправомѣрнымъ (*un acte même juste, mais non sujet à salaire*); ибо въ обоихъ случаяхъ одинаково нарушается принципъ безмездности служебныхъ дѣйствій и потому они оба подпадаютъ подъ понятіе наказуемаго взяточничества²⁾.

Въ первомъ случаѣ для состава взяточничества необходимо, чтобы выполняемый должностной актъ, вообще говоря, былъ бесплатенъ (*non sujet à salaire*); если же выполнение его по закону должно сопровождаться вознагражденіемъ, то полученіе излишняго вознагражденія можетъ быть разсматриваемо, смотря по обстоятельствамъ, то какъ взяточничество, то какъ «*concussion*» (art. 174)³⁾. Если же послѣдствіемъ полученнаго дара должно было быть учиненіе дѣянія, само по себѣ наказуемаго, то въ такомъ случаѣ примѣнимы общія начала объ отвѣтствен-

¹⁾ Первоначально судебная практика подводила такіе случаи подъ понятіе взяточничества (Cass. 1/X 1813 г.; 16/IX 1820 г.; 19/VIII 1826 г.), но затѣмъ отступила отъ этого взгляда и видѣть тутъ только мошенничество (*Ch. requ. 31/III 1827 г.*). Dalloz, Jur. genér. Répertoire, Forfaiture, n. 119. Garraud, t. IV, 69; Cass. 31/III 1827; Hélie, t. II, 606: „La prévarication du fonctionnaire n'apporte à l'Etat un véritable danger que lorsqu'elle est commise dans l'exercice des fonctions et à l'occasion d'un acte de ses fonctions, car l'Etat n'est strictement intéressé qu'au fidèle accomplissement des devoirs de chacun de ses agents. Ainsi lorsque la prévarication est commise en dehors des limites du pouvoir de l'agent, lorsqu'elle a pour objet un acte qui n'est pas dans sa compétence, cette prévarication peut sans doute léser des tiers; mais elle ne menace l'Etat d'aucun peril, puisqu'elle ne peut prêter à la fraude aucune force légale (t. II, 606). Dalloz, Jur. gen. Répertoire, Forfaiture etc. n. 101.

²⁾ Hélie, t. II, 613—614; Garraud, t. IV, 77—78; Garçon, art. 177, n. 63: „il tire un illicite illicite de ses fonctions“.

³⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 177, n. 57.

ности при совокупности преступныхъ дѣяній и соучастія: совокупности взяточничества и учиненнаго подъ влияніемъ подкупа преступнаго дѣянія; соучастія въ этомъ послѣднемъ дѣяніи должностнаго лица и лиходѣтеля.

Французское уложеніе, какъ было выше сказано, имѣетъ въ виду лишь взяточничество-подкупъ т. е. полученіе дара впередъ за дѣйствіе, еще только имѣющее быть выполненнымъ или за будущее невыполненіе служебнаго акта. Въ практикѣ возникалъ вопросъ, какъ квалифицировать дѣяніе должностнаго лица, не сдержавшаго принятаго на себя передъ лиходѣтелемъ обязательства? Нѣкоторые разрѣшаютъ этотъ вопросъ въ зависимости отъ условій и обстановки отказа должностнаго лица и полагаютъ, что если должностное лицо, принявъ даръ, затѣмъ возвратило его и отказалось отъ соглашенія, то въ такомъ случаѣ нѣтъ на лицо состава дѣянія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и какой либо отвѣтственности¹⁾. Если же невыполненіе принятаго должностнымъ лицомъ на себя обязательства послѣдовало по обстоятельствамъ отъ воли его независѣвшимъ, то на лицо имѣется лишь покушеніе на взяточничество, караемое впрочемъ наравнѣ со взяточничествомъ оконченнымъ. Если же, наконецъ, должностное лицо, принявъ даръ, не имѣло ни намѣренія, ни возможности поступить согласнo съ принятымъ на себя обязательствомъ, то въ

¹⁾ Hélie, t. II, 615: „La convention, presque aussitôt rompue que formée, et qu'aucun acte d'exécution n'a suivi, ne peut plus être considérée que comme un simple projet qu'aucune peine ne saurait atteindre“. Garçon, art. 177, n. 143: „Une bonne législation ferait consister la corruption dans l'acceptation des offres, mais elle établirait une excuse atténuante ou même absolutoire, au profit du fonctionnaire qui n'exécute pas cette convention illicite. Il serait de bonne politique criminelle, de l'intéresser ainsi à ne point réaliser le préjudice social“. Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. art. 178, n. 62. Но если полученный даръ возвращенъ уже послѣ выполненія условленнаго дѣянія, то тогда вѣтъ вратъ не можетъ служить основаніемъ для оправданія (Cass. 3/IX 1811 г.). Dalloz, Jur. genér. Répertoire, n. 127.

такомъ случаѣ можно говорить о мошенничествѣ, злоупотребленіи довѣріемъ, но отнюдь не о взяточничествѣ¹⁾.

Гарро разрѣшаетъ эти случаи нѣсколько иначе. Онъ полагаетъ, что невыполненіе должностнымъ лицомъ принятаго на себя обязательства только въ такомъ случаѣ могло бы влечь за собою освобожденіе отъ отвѣтственности, если бы для окончанія дѣянія требовалось съ одной стороны полученіе дара, а съ другой—исполненіе или неисполненіе какого либо служебнаго дѣйствія. Между тѣмъ для окончанія дѣянія требуется только принятіе даровъ и проч., такъ какъ характернымъ моментомъ преступленія является нарушеніе принципа безмездности служебныхъ дѣйствій. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія Гарро невыполненіе принятаго на себя должностнымъ лицомъ обязательства, отъ какой бы причины это ни зависѣло, не вліяетъ на составъ дѣянія; оно остается законченнымъ взяточничествомъ; нельзя говорить о взяточничествѣ только въ томъ случаѣ, когда выполненіе принятаго на себя обязательства является невозможнымъ въ виду того, что оно выходитъ изъ предѣловъ компетенціи даннаго должностнаго лица; въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто мошенничество или злоупотребленіе довѣріемъ²⁾.

Наказаніемъ за взяточничество служитъ «degradation civique» и денежный штрафъ въ размѣрѣ отъ 200 франковъ и не болѣе двойного размѣра принятаго дара; самый даръ или его стоимость подлежатъ конфискаціи (art. 180)³⁾. Обстоятельствомъ, отягчающимъ отвѣтственность за взяточничество, французское уложеніе признаетъ подкупъ

¹⁾ Hélie, t. II, 614—615; Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. art. 177, n. 52.

²⁾ Garraud, t. IV, 79—81. Практика разрѣшала этотъ послѣдній случай различно, усматривая въ немъ то взяточничество (1 окт. 1812 г.; 16 сент. 1820 г.), то мошенничество (31 марта 1827 г.).

³⁾ Cass. 6/IX 1811 г.. Dalloz, Jur. gén. Répertoire, n. 127.

ради учиненія преступнаго дѣянія, влекущаго за собою болѣе тяжкое наказаніе, чѣмъ установленное закономъ наказаніе за взяточничество¹⁾; оно поглощаетъ наказаніе за это послѣднее (art. 178).

Болѣе тяжкимъ видомъ взяточничества является взяточничество уголовного судьи или присяжнаго засѣдателя (art. 181, 182); art. 181 и 182 имѣютъ примѣненіе ко взяточничеству, учиненному лишь при производствѣ дѣяній подходящихъ подъ понятіе «crimes» (en matière criminelle) и не могутъ быть примѣняемы по отношенію къ взяточникамъ при производствѣ дѣлъ о проступкахъ и нарушеніяхъ; въ пользу такого узкаго толкованія говоритъ также указаніе на присяжнаго засѣдателя, какъ возможнаго виновника, и на обвиняемаго—«l'accusé». Не примѣнимы эти статьи и къ случаямъ взяточничества органовъ прокурорскаго надзора²⁾. Наказаніемъ въ этомъ случаѣ служитъ «réclusion», а въ случаѣ несправедливаго приговора къ болѣе суровому наказанію судью-взяточника постигаетъ это послѣднее; такимъ образомъ возможны случаи приговора за взяточничество и къ смертной казни³⁾. Усиленіе отвѣтственности распространяется и на лиходателей, склонившихъ судей къ неправосудному приговору⁴⁾.

Заключительной статьей § IV, посвященнаго взяточничеству и лиходательству, предусматривается случай «forfaiture», учиняемый какимъ либо судебнымъ или

¹⁾ Hélie, t. II, 616: „art. 178 comprend tous les actes criminels, qui peuvent l'être l'objet de la corruption. Les articles 181 et 182 ne s'appliquent qu'aux juges et aux jurés; l'art. 178 s'étend à tous les fonctionnaires“. Garraud, t. IV, 81—82.

²⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 182, n. 4, 5.

³⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 182, n. 15—17. Объ отношеніи art. 181, 182 къ art. 177 Hélie (t. II, 60) замѣчаетъ: „ces derniers articles ne prévoient qu'un cas particulier de corruption et qu'à l'égard de tous les autres cas, les juges restent soumis aux règles de l'art. 177“.

⁴⁾ Dalloz, тамъ же, n. 18; art. 179, n. 45.

административнымъ органомъ не по корыстнымъ соображеніямъ, а подъ вліяніемъ расположенія или вражды (*par faveur pour une partie ou par inimitié contre elle*); трудность точнаго установленія наличности этихъ мотивовъ дѣлаетъ эту статью мертвой буквой ¹⁾).

Наряду со взяточничествомъ, какъ сказано было выше, французское уложеніе предусматриваетъ лихо-дательство (*corruption active*) (art. 179). Но art. 179 гово-ритъ о двухъ дѣяніяхъ: 1) о принужденіи должностнаго лица къ учиненію дѣйствій, перечисленныхъ въ art. 179 и 2) о лихо-дательствѣ, какъ средствѣ склоненія долж-ностнаго лица къ извѣстнымъ дѣйствіямъ. Первое дѣя-ніе, какъ по способу учиненія, такъ и по средствамъ воздѣйствія (*voies de fait ou menaces*) не имѣетъ ничего общаго со взяточничествомъ и лихо-дательствомъ. Лихо-дательство же рассматривается здѣсь какъ средство скло-ненія должностнаго лица къ учиненію имъ одного изъ перечисленныхъ въ законѣ дѣйствій, или воздержанія отъ учиненія какого либо дѣйствія. Дѣятельность лихо-дателя съ внѣшней стороны можетъ выражаться въ под-купѣ или попыткѣ его съ помощью «*promesses, offres, dons ou presents*».

Дѣйствія эти должны быть направлены на одно изъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 177 и могущихъ быть ви-новными во взяточничествѣ. Цѣлью такого воздѣйствія можетъ быть учиненіе какого-либо служебнаго акта или, напротивъ, воздержаніе отъ него, т. е. во всякомъ слу-чаѣ будущее наведеніе должностнаго лица, примѣрная обрисовка котораго сдѣлана въ ст. 179 ²⁾). При этомъ

¹⁾ Garraud, t. IV. 76—77; Hélie, t. II, 633—634.

²⁾ Для опредѣленія цѣлей лихо-дательства, по мнѣнію Гарсона, было бы достаточно ссылки на ст. 177: „Въ самомъ дѣлѣ, говорить онъ, было бы справедливо и логически правильно карать лихо-дателя во всѣхъ тѣхъ слу-чаяхъ, въ которыхъ было бы наказано и должностное лицо, если бы оно

необходимо установленіе опредѣленной цѣли подкупа и цѣли достижимой; если сдѣлана попытка подкупа ради осуществленія явно невозможнаго для подкупаемаго долж-ностнаго лица, то дѣяніе лихо-дателя не наказуемо ¹⁾; законъ не дѣлаетъ различія между законнымъ или незаконнымъ характеромъ дѣятельности должностнаго лица и одинаково признаетъ образъ дѣйствій лихо-дателя наказуемымъ ²⁾).

Лихо-дательство признается оконченнымъ съ момента принятія предложенія, независимо отъ послѣдующаго проведенія подкупленнаго; одно предложеніе дара, отверг-нутое, не принятое должностнымъ лицомъ, должно быть рассматриваемо, какъ покушеніе; оно особо оговорено въ заключеніи ст. 179 ³⁾.

Наказаніе за подкупъ одинаково съ наказаніемъ за

приняло предлагаемую ему сдѣлку. Но законодатель вѣсть этого сдѣ-лать не могъ, ибо онъ не могъ перечислить цѣли подкупа и тѣмъ затемнить ясный смыслъ текста закона“. (Garçon, Cod. pén. annoté, къ art. 179, № 18). По старому тексту закона (до 1863 г.), подкупъ, имѣющій въ виду склонить долж-ностное лицо воздержаться отъ выполненія своихъ обязанностей, не подхо-дитъ подъ art. 179 (Cas. 23/IV 1841 г.). Dalloz, Jur. gen. Répertoire, Forfai- ture, n. 150.

¹⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 179, n. 35, 36. Cass. 9/III 1819 г. Постановленія о лихо-дательствѣ исключаютъ возможность примѣ-ненія къ лихо-дателю общихъ правилъ о соучастіи, въ частности о подстре-кательствѣ (Cass. 16/XI 1844 г.). Dalloz, Jur. gen., Répertoire, Forfaiture, n. 148.

²⁾ Такъ именно понимаетъ смыслъ закона Garraud, Traité, t. IV, стр. 87—88, ссылающійся въ подтвержденіе своего толкованія на рядъ рас-рѣшеній (24/III 1827; 30/IX 1853 г.); Dalloz, Jur. gen. Cod. annoté, art. 179, n. 25, 26; на той же точкѣ зрѣнія стоитъ Blanche, t. III, № 431, стр. 17; Garçon, ук. с. art. 179, № 20. Противоположный взглядъ высказываютъ Chauveau et Hélie, t. II, 626; его принимаетъ и Birkmeier, Vergl. Darst. IX 317, прим. 5. Во всякомъ случаѣ обшанія, данныя лихо-дателемъ должно-стному лицу, ради склоненія его къ учиненію дѣйствія, хотя-бы и право-мѣрнаго, не имѣютъ законной силы. Dalloz, ук. соч. art. 179, n. 27.

³⁾ См. Garraud, t. IV, стр. 85—95; Chauveau et Hélie, t. II, стр. 628—629. Dalloz, ук. соч. art. 179, n. 30, 32. Существенный недосмотръ допустилъ К. Анциферовъ, по словамъ котораго „единственное отступленіе отъ прин-ципа полной безответственности лихо-дателя французскій кодексъ до-пускаетъ въ томъ, что не возвращаетъ имъ отобранную отъ взяточника взятку“—ук. соч. стр. 18.

взяточничество («sera punie de mêmes peines, que la personne corrompue»); оно понижается, какъ скоро должностное лицо отвергло предложеніе лиходателя, т. е. при покушеніи на подкупъ (тюрьма 3—6 мѣс. и штрафъ 100—300 фр.) ¹⁾.

Равенство отвѣтственности за лиходательство и взяточничество во французскомъ уложеніи имѣетъ мѣсто не только по отношенію къ простому взяточничеству, но и квалифицированному (ст. 181—182) ²⁾.

Даръ предложенный лиходателемъ, въ чемъ бы онъ ни заключался, во всякомъ случаѣ подлежитъ конфискаціи въ пользу мѣстныхъ благотворительныхъ заведеній, хотя бы онъ еще не былъ переданъ по назначенію и независимо отъ приговора о лиходателѣ; только въ случаѣ, если онъ былъ приобрѣтенъ лиходателемъ незаконно, онъ возвращается собственнику ³⁾.

Отдѣленное отъ взяточничества (corruption) въ Cod. pénal 1791 г. вымогательство (concussion, art. 174) въ настоящее время понимается, какъ незаконный сборъ, сознательно произведенный лицами, облеченными публичной властью и дѣйствовавшими отъ имени этой власти.

Для состава этого дѣянія необходимо: 1) злоупотребленіе властью, коей должностное лицо облечено; 2) незаконный характеръ сбора и 3) сознание этой незаконности сбора должностнымъ лицомъ, который самъ имъ воспользовался или далъ возможность воспользоваться другому лицу ⁴⁾.

Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ этого дѣянія законъ называетъ слѣдующихъ лицъ: 1) «tous fonctionnaires», «tous officiers publics», подъ которыми въ дан-

¹⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 179, n. 44, 46.

²⁾ Dalloz, Jur. gen. Cod. pén. annoté, art. 182, n. 18; art. 179, n. 45.

³⁾ Dalloz, ук. соч. art. 180, n. 1—10.

⁴⁾ Chauveau et Hélie, t. II, 563; Garraud, t. IV, 32.

номъ случаѣ понимаются не только лица, облеченныя извѣстной долей публичной власти, но и всѣ тѣ, кто, обладая какимъ либо публичнымъ полномочіемъ (un mandat public), на основаніи его участвуетъ въ управленіи государственнымъ, департамента или коммуны ¹⁾. Наряду съ «fonctionnaires» и «officiers publics» законъ называетъ: «tous percepteurs des droits, taxes, contributions, deniers, revenus publics ou communaux»; хотя законъ и говоритъ о «tous percepteurs», тѣмъ не менѣе нужно думать, что виновными въ дѣяніи, предусмотрѣнномъ въ art. 174, могутъ быть только тѣ «percepteurs», которые одновременно являются и должностными лицами («fonctionnaires» или «officiers publics») ²⁾; 2) «les officiers ministeriels» (notaire, avoué, greffier ou huissier); требованіе ими уплаты суммы, высшей сравнительно съ установленнымъ въ законѣ размѣромъ, подходитъ подъ понятіе вымогательства (concussion), когда получаемые ими взносы должны поступать въ пользу государства или частныхъ лицъ; если же указанные лица взыскиваютъ деньги въ свою собственную пользу и при этомъ нарушаютъ установленную таксу, то въ такомъ случаѣ они подвергаются лишь дисциплинарной отвѣтственности ³⁾; 3) les commis et préposés т. е. лица уполномоченныя должностными лицами и дѣйствующія отъ имени этихъ послѣднихъ, какъ напр., клерки нотариуса, стряпчаго (avoué), судебного пристава ⁴⁾.

Вымогательство всѣхъ перечисленныхъ лицъ подводится подъ art. 174, когда оно учиняется на основаніи

¹⁾ Судебная практика признавала возможными виновниками «concussion»: офицеровъ судебной полиціи (Cass. 16 sept. 1820—Bull. crim. n. 124), мэровъ (Cass. 1 avr. 1813—Dalloz, Jur. gen., Forfaiture, n. 64), муниципальных сборщиковъ (Cass. 23 mars 1827—Dalloz, Jur. gen. Forfaiture, n. 65), комиссаровъ полиціи (Cass. 1 oct. 1852—Bull. crim. n. 374), секретарей мэрии (Cass. 28 mai 1842—Dalloz, Jur. gen., Forfaiture, n. 666 и друг.

²⁾ Garraud, IV, 34; Chauveau et Hélie, t. 570—571.

³⁾ Garraud, t. IV, 34—35.

⁴⁾ Тамъ же, стр. 36—37.

«titre public» и когда виновный дѣйствуетъ въ предѣлахъ своей компетенціи ¹⁾). Потерпѣвшимъ отъ даннаго дѣянія можетъ быть не только частное лицо, но также государство, департаментъ, община, общественное учрежденіе, такъ какъ предметомъ незаконнаго вымогательства законъ называетъ не только «salaire», но и «traitements» т. е. жалованіе, получаемое должностными лицами ²⁾).

Для состава дѣянія не имѣетъ существеннаго значенія, въ свою или въ пользу третьяго лица, или даже въ пользу государства дѣйствовалъ виновный. Сборъ долженъ быть незаконенъ т. е. или вовсе не установленъ никакимъ закономъ или регламентомъ, или является уже оплаченнымъ или погашеннымъ, или, наконецъ, превышаетъ установленные закономъ размѣры ³⁾). Съ внутренней стороны дѣяніе должно быть умышленнымъ т. е. учинено съ сознаниемъ незаконности взыскиваемого сбора ⁴⁾). Съ внѣшней стороны для состава вымогательства не требуется употребленія какихъ либо психическихъ средствъ воздѣйствія: виновнымъ является какъ тотъ, кто требуетъ, такъ и тотъ, кто только получаетъ недожное. Такой выводъ объясняется тѣмъ, что законъ въ этомъ дѣяніи преслѣдуетъ прежде всего злоупотребленіе своимъ должностнымъ положеніемъ. Современное «concuSSION», въ отличіе отъ прежняго crim. repetund., не только «l'extorsion commise par abus d'autorité», но это также «l'usage abusif d'un titre public pour percevoir ou toucher ce qui n'est pas dû» ⁵⁾).

Тяжесть вымогательства, а вмѣстѣ съ тѣмъ и грозящаго наказанія стоитъ въ зависимости отъ положенія

¹⁾ Тамъ же, стр. 38.

²⁾ Garraud, t. IV, 39.

³⁾ Тамъ же, стр. 40—41; Chauveau et Hélie, t. II, 573.

⁴⁾ Garraud, t. IV, 41; Chauveau et Hélie, t. II, 576.

⁵⁾ Garraud, t. IV, 39, 42—43; Chauveau et Hélie, t. II, 574—575.

виновнаго и размѣра причиненнаго имъ вреда; наиболѣе тяжкій видъ (crime) имѣетъ мѣсто, когда незаконно получено свыше 300 фр. и когда виновникомъ является должностное лицо—«un fonctionnaire», «un officier public»; наказаніемъ для нихъ—«réclusion»; если же виновнымъ будетъ только «commis» или «préposé» или если сумма незаконнаго полученія не превышаетъ 300 франковъ, то дѣяніе признается проступкомъ (délit) и влечетъ за собою тюремное заключеніе на срокъ отъ 2-хъ до 5 лѣтъ или отъ одного года и до 4-хъ лѣтъ. Помимо наказанія лишеніемъ свободы въ указанныхъ закономъ размѣрахъ виновный присуждается еще къ штрафу, размѣръ котораго зависитъ отъ цифры незаконно полученнаго; вслѣдствіе этого взысканіе штрафа возможно лишь при условіи дѣйствительнаго полученія виновнымъ денежныхъ суммъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ нѣтъ никакого основанія для опредѣленія размѣра штрафа. Покушеніе наказуемо наравнѣ съ дѣяніемъ оконченнымъ.

Такимъ образомъ, въ современномъ французскомъ правѣ «concuSSION» не только обособлено отъ «corruption», но приобрѣло исключительно характеръ лихоимства т. е. взиманія излишнихъ сборовъ.

III. Бельгійское законодательство.

Близкими по своему характеру постановленіямъ о взяточничествѣ французскаго уложенія представляются постановленія бельгійскаго уложенія, почему возможно разсмотрѣть ихъ совмѣстно.

Бельгійское уложеніе содержитъ постановленія о взяточничествѣ въ titre IV среди другихъ преступленій и проступковъ должностныхъ лицъ, учиняемыхъ ими при исполненіи своихъ служебныхъ обязанностей. Кругъ возможныхъ виновниковъ взяточничества и внѣшняя

форма их дѣятельности очерчены здѣсь приблизительно такъ же, какъ и во французскомъ уложеніи.

Виновниками взяточничества могутъ быть «tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public» (art. 246), «le juge, l'arbitre ou le prud'homme» (art. 249), «le juré» (art. 250).

Внѣшняя форма дѣятельности обвиняемаго во взяточничествѣ заключается въ томъ, что онъ «aura agréé des offres ou promesses», «aura reçu des dons ou presents», «s'est laissé corrompre».

Различіе между французскимъ и бельгійскимъ уложеніями сводится къ установленію въ послѣднемъ большаго количества видовъ взяточничества, въ зависимости отъ цѣли подкупа и его послѣдствій: такъ бельгійское уложеніе различаетъ: 1) взяточничество—съ цѣлью выполнения какого либо правомѣрнаго служебнаго акта, но не подлежащаго оплатѣ (même juste, mais non sujet à salaire) (art. 261, 1); наказывается этотъ видъ взяточничества тюремнымъ заключеніемъ на срокъ отъ 8 дней до 6 мѣсяцевъ и штрафомъ отъ 26 фр. до 500 фр.; 2) взяточничество—съ цѣлью учиненія какого либо служебнаго акта неправомѣрнаго или съ цѣлью невыполненія чего либо, входящаго въ кругъ обязанностей виновнаго; въ этомъ случаѣ къ указанному выше наказанію можетъ быть присоединено лишеніе права на занятіе публичныхъ должностей (art. 246, 2); 3) взяточничество, сопровождавшееся дѣйствительнымъ учиненіемъ какого либо неправомѣрнаго акта или невыполненіемъ какой либо обязанности; наказывается оно тюремнымъ заключеніемъ на срокъ отъ 3-хъ мѣс. до 3-хъ лѣтъ и штрафомъ отъ 100 фр. до 3000 фр. къ этимъ наказаніямъ можетъ быть присоединено лишеніе права на занятіе публичныхъ должностей (art. 247); 4) взяточничество—съ цѣлью учиненія при отправленіи своихъ служебныхъ обязанно-

стей преступленія или проступка; оно наказывается тюремнымъ заключеніемъ на срокъ отъ 1 года до 5 лѣтъ и штрафомъ отъ 200 фр. до 5000 фр. и лишеніемъ права на занятіе публичныхъ должностей (art. 248); 5) взяточничество судебное (судей, третейскихъ судей, присяжныхъ засѣдателей, экспертовъ), за которое судьи подлежатъ каторжнымъ работамъ на срокъ отъ 10—15 лѣтъ, третейскіе судьи и эксперты—тюремному заключенію на срокъ отъ 1 года до 5 лѣтъ и лишенію права на занятіе публичныхъ должностей, присяжные—réclusion (art. 249, 250); кромѣ того всѣ указанные лица подлежатъ штрафу въ размѣрѣ отъ 200 фр. до 5000 фр.

Въ отношеніи къ лиходательству бельгійское уложеніе вполне слѣдуетъ за французскимъ уложеніемъ: art. 252 бельгійскаго уложенія говоритъ о подкупѣ должностныхъ лицъ: «pour obtenir un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet à salaire, ou abstention d'un acte rentrant dans l'ordre de ses devoirs» т. е. уже опредѣленно указываетъ, что послѣдствіемъ лиходательства можетъ быть какъ незаконномѣрное, такъ и законномѣрное дѣяніе должностнаго лица. Наказуемость лиходательства равна соотвѣтствующей наказуемости взяточничества; покушеніе на лиходательство наказывается тюремнымъ заключеніемъ на срокъ отъ 8 дней до 1 года и штрафомъ отъ 26 фр. до 500 фр. Взятка и подарки подлежатъ обязательной конфискаціи въ пользу благотворительныхъ учрежденій мѣста учиненія дѣянія (art. 253).

ГЛАВА V.

Итальянское право.

Старое итальянское законодательство въ конструкціи взяточничества въ значительной мѣрѣ сохраняло черты римскаго и каноническаго права. Ему было извѣстно понятие «*crimen corruptelae*»; итальянскіе статуты сурово карали взяточничество судей, усвоивъ этому ихъ дѣянію наименованіе «*barrattaria*». Постановленія кодексовъ болѣе поздняго времени: кодекса обѣихъ Сицилій (1819 г.), пармскаго (1820 г.), *Regolamento pontificio* (1832 г.), тосканскаго (1853 г.) и сардинскаго (1859 г.) отразились на дѣйствующемъ уложеніи, какъ въ отношеніи конструкціи взяточничества, такъ и въ установленіи предѣловъ наказуемости этого дѣянія ¹⁾.

Итальянское уложеніе (30 іюня 1889 г.—1 января 1900 г.) относитъ взяточничество къ преступленіямъ противъ порядка управленія (*Delitti contro la pubblica amministrazione*). Совмѣстно со взяточничествомъ предусматрѣно и лиходеительство; отношеніе между ними подходитъ подъ форму необходимаго соучастія; лиходеитель разсматривается, какъ подстрекатель должностнаго лица къ тому или другому преступному дѣянію. Это видно изъ самаго текста art. 173, предусматривающаго лиходеительство: *Chiunque induce un pubblico ufficiale a commettere alcuno dei delitti preveduti nei precedenti articoli*. Равная отвѣтственность взяточника и лиходателя въ случаяхъ, указанныхъ въ art. 172, отвѣтственность лихо-

дателя, какъ за покушеніе, если должностное лицо не учинило преступнаго дѣянія, въ которое вовлекалъ его лиходеитель, или твердо отвергло его предложеніе, все это также указываетъ на тѣсную связь взяточника и лиходателя ¹⁾.

Съ точки зрѣнія тяжести угрожаемаго наказанія итальянское уложеніе различаетъ слѣдующіе случаи взяточничества:

- 1) принятіе неслѣдуемаго вознагражденія въ видѣ денегъ или иной выгоды, или обѣщанія такого вознагражденія должностнымъ лицомъ для себя лично или для другихъ за совершеніе служебнаго дѣйствія (art. 171);
- 2) принятіе неслѣдуемаго вознагражденія ради промедленія или совершеннаго невыполненія служебнаго дѣйствія или ради учиненія дѣйствія, противорѣчащаго служебнымъ обязанностямъ (art. 172, 1);
- 3) принятіе неслѣдуемаго вознагражденія въ видѣ денегъ или иной выгоды или обѣщанія такого вознагражденія должностнымъ лицомъ для себя лично или для другихъ ради противорѣчащихъ служебному долгу:
 - а) предоставленія мѣстъ по общественной службѣ, стипендій, пенсій или знаковъ отличія, или заключенія договоровъ, въ которыхъ заинтересовано вѣдомство, къ коему принадлежитъ виновный;
 - б) покровительства или причиненія вреда интересамъ одной стороны въ гражданскомъ дѣлѣ или интересамъ обвиняемаго въ уголовномъ дѣлѣ;
 - в) постановленія приговора къ лишенію свободы на срокъ свыше 1 года (art. 172, 2, 3).

¹⁾ Crivellari, V, 820—821. Такой взглядъ на взаимоотношеніе этихъ дѣяній еще ярче обнаруживался въ проектахъ угол. улож., предшествовавшихъ изданію улож. 1890 г. тамъ о лиходеительствѣ говорилось только то, что оно наказуемо наравнѣ со взяточничествомъ, напр. въ проектѣ 1868 г. art. 132: *„Le pene stabilite nei precedenti articoli si applicano anche al car-*

¹⁾ Crivellari, V, n. 89, стр. 809—810.

Въ качествѣ наказанія уложеніе назначаетъ заключеніе на срокъ отъ 3-хъ дней до 1 года (art. 171), на срокъ отъ 6 мѣс. до 5 лѣтъ (art. 172, 1), отъ 3 до 10 лѣтъ (art. 172, 2) и отъ 5 до 15 лѣтъ (art. 172, 3); наказаніе лишеніемъ свободы сопровождается временнымъ ограниченіемъ въ правахъ и денежнымъ штрафомъ на сумму отъ 50—3000 лиръ (art. 171) и отъ 100—5000 лиръ (art. 172); кромѣ того полученный даръ подлежитъ конфискаціи (art. 174) ¹⁾.

Въ качествѣ возможнаго виновника взяточничества уложеніе называетъ вообще должностныхъ лицъ, не выдѣляя среди нихъ какихъ либо особыхъ категорій; по мнѣнію нѣкоторыхъ, виновниками взяточничества могутъ быть депутаты Палаты и Сената, но другіе несогласны съ приравненіемъ народныхъ представителей должностнымъ лицамъ ²⁾.

Объектомъ даннаго дѣянія т. е. тѣмъ интересомъ, который даннымъ дѣніемъ нарушается, является начало безмездности, непродажности служебныхъ дѣйствій; это видно, какъ изъ текста закона, карающаго взяточничество не только при учиненіи дѣяній, противоправныхъ, но и правомѣрныхъ, а также изъ мотивовъ къ закону ³⁾.

Съ внѣшней стороны дѣяніе виновнаго заключается въ принятіи вознагражденія въ видѣ денегъ или иной выгоды или въ принятіи обѣщанія такого вознаграж-

датель, ma nei casi più leggieri passano diminuirsi di un grado". Въ проектѣ 1870 г. art. 155: „Con le pene stabilite nei precedenti articoli è punito anche il corruttore". Въ проектѣ 1874 г. art. 185: „Le pene stabilite nei precedenti articoli sono applicabili anche al corruttore".

¹⁾ Кромѣ того зак. 8 июня 1874 г. art. 48, п. 1937 предусматриваетъ взяточничество присяжныхъ засѣдателей и подкупъ ихъ; законъ этотъ сохранилъ силу и съ изданіемъ новаго уголовного кодекса, хотя и не вполнѣ съ нимъ согласованъ. См. Crivellari, t. V, n. 107, стр. 827, 831—832.

²⁾ Art. 207 содержитъ подробное перечисленіе всѣхъ возможныхъ виновниковъ должностныхъ преступленій. См. выше, ч. I, гл. IV.

³⁾ Въ объясненіяхъ къ проекту Zanardelli было сказано: „Il concetto

дѣнія ¹⁾. Такая обрисовка дѣятельности взяточника подчеркиваетъ добровольный характеръ приношеній и кромѣ того указываетъ на инициативу со стороны лиходателя; но она потребовала особаго постановленія для тѣхъ случаевъ, когда инициатива принадлежитъ должностному лицу и выливается въ форму требованія (art. 169—170).

che in questa parte deve dominare la legge è di punire severamente la venalità del pubblico ufficiale che accetta per atti del suo ufficio retribuzioni non dovutagli, e ciò indipendentemente dalla giustizia o ingiustizia degli atti stessi; imperocchè è di universale interesse che non si faccia cadere in discredito od in sospetto la pubblica potestà col rendere venali uffici i quali per legge debbono essere gratuiti" (Crivellari, V, 800, 815, n. 95). Въ докладѣ комиссіи палаты депутатовъ докладчикъ Cuccia заявилъ: „Il principio cui s'informa il progetto, cioè, di colpire la venalità indipendentemente dalla giustizia od ingiustizia dell'atti compiuti dal pubblico ufficiale" (Crivellari, V, 802). При преніяхъ во время обсужденія проекта уложенія указывалось: „Il primo articolo (art. 171=art. 181) fa consistere il reato nella venalità dell'atto del pubblico ufficiale... Ciò che vuole la legge è che il pubblico ufficiale non si renda venale nella esecuzione dei propri doveri... Nelle seconda figura, che è quella dell' art. 182 (art. 172) il reato è più grave; e l'atto incriminabile ha due elementi, la venalità e la violazione dei doveri del proprio ufficio" (Crivellari, V, 796). Crivellari также признаетъ объектомъ дѣянія начало безмездности должностныхъ дѣйствій: „Il legislatore vuole colpire la venalità del pubblico ufficiale, che accetta per atti del suo ufficio retribuzione non dovute. Quindi il delitto si consuma, non già col fare, ritardare od omettere l'atto dell' ufficio, ma col ricevimento o colla promessa accettata della retribuzione non dovuta (V, 821). Carrara: la vendita... di un atto appartenente al ministero di questo, che di regola dovrebbe essere gratuito". (Programma, p. sp. V, § 2545). Bertola: „Ed è appunto l'avarizia la forza impellente del reato di corruzione"; (725) „avvalisca l'ufficio suo facendone mercato". (734). Impallomeni: „perchè è la venalità del pubblico ufficiale che la legge vuol colpire" (Cit. Birkmeyer, Bestechung. V. D. B. T. IX, стр. 312, прим.). Vincenzo Manzini (Istituzioni di diritto penale italiano): „Oggetto specifico della tutela penale è il pubblico interesse di assicurare il prestigio delle pubbliche funzioni contro il danno che ad esso può cagionare la cupidigia impudente, più che la venalità traditrice dei funzionari" (pag. 245). — „Oggetto specifico della tutela penale è il pubblico interesse di assicurare la regolarità e la rettitudine nell'esercizio delle pubbliche funzioni, contro il danno et il pericolo della venalità dei pubblici ufficiali, in quanto li spinga a promettere ad estranei accaparratori il tradimento dei loro doveri d'ufficio" (pag. 246).

¹⁾ Подъ выгодой здѣсь понимается выгода въ матеріальномъ смыслѣ слова: „Per aversi corruzione non è richiesto che l'utilità data o promessa sia pecuniaria o cosa equivalente a pecunia" (Tribunale di Roma, 20 Marzo 1894,

По итальянскому уложению, взяточничество наказуемо не только какъ подкупъ т. е. когда полученное вознаграждение является средствомъ для склоненія должностного лица къ учиненію какихъ либо служебныхъ дѣйствій, но и какъ вознаграждение т. е. когда оно служитъ оплатой услугъ, уже оказанныхъ должностнымъ лицомъ. Art. 172 опредѣленно говоритъ о взяточничествѣ-подкупѣ, о взяточничествѣ ради учиненія неправомѣрныхъ дѣйствій въ будущемъ; отсюда можно заключить, что art. 171 предусматриваетъ остальные возможные случаи взяточничества, т. е., взяточничество за учиненіе и ради учиненія правомѣрныхъ служебныхъ дѣйствій и взяточничество-вознаграждение за служебныя дѣйствія, характера неправомѣрнаго, уже учиненныя ¹⁾).

Получаемое должностнымъ лицомъ вознаграждение опредѣляется какъ «неслѣдуемое», «неподлежащее» (*che non gli è dovuta*); отсюда слѣдуетъ, что учиняемое должностнымъ лицомъ дѣйствіе по природѣ своей должно быть бесплатнымъ ²⁾). Взяточничество не только дѣяніе умышленное, но и учиняемое съ корыстной цѣлью ³⁾).

Pinto, Chauvet ed altri, Rivista Penale, Vol. 43; 503. Trattato di diritto penale, vol. III. A. Zerboglio—Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della Giustizia, 33). Размѣръ вознагражденія значенія не имѣетъ: „la giustizia si offende etiam uno nummo“—замѣчаетъ Carrara (Programma, P. sp. V, § 2554). Также Crivel. V, 814, n. 93.

¹⁾ Vincenzo Manzini, Istituzioni di diritto penale italiano, pag. 245—246. Въ первоначальныхъ проектахъ въ art. 171 было сказано: „per fare un atto“, но засимъ эти слова были выброшены и вслѣдствіе этого область наказуемаго расширилась; основаніемъ такого измѣненія послужило соображеніе: „perche anche gli atti compiuti devono sempre apparire scevri di venalita; perchè d'ordinario non si patteggia il dono, ma si forma per esso un tacito accordo fra il pubblico ufficiale e il privato; perchè il privato è convinto che se non desse quella ricompensa non potrebbe altra volta ottenere ciò che ha diritto di ottenere“ (Criv. V, 804, n. 87; 814, n. 92). Bertola, 735, n. 14: „che quel reato può verificarsi o prima o dopo l'esecuzione dell'atto ufficiale“.

²⁾ Crivellari, V, n. 69, стр. 790; n. 93, стр. 815.

³⁾ Crivellari: „perchè il concetto che domina la legge è di colpire severamente la venalità del pubblico ufficiale.—V, n. 95, стр. 815.

Получаемое или обусловленное должностнымъ лицомъ вознаграждение является эквивалентомъ за оказанную имъ услугу, при отсутствіи такого взаимоотношенія не можетъ быть рѣчи о примѣненіи постановленій о взяточничествѣ ¹⁾). Поэтому подъ понятіе взяточничества не подойдутъ случаи принятія т. наз. чаевыхъ денегъ или подарковъ, приносимыхъ изъ чувства признательности, дружбы, вѣжливости, по родству и т. п., равнымъ образомъ, когда со стороны должностного лица были оказаны услуги, не входящія въ кругъ его прямыхъ обязанностей ²⁾).

Дѣйствіе, за которое получено вознаграждение или которое учинено ради вознагражденія, должно имѣть служебный характеръ и входить въ компетенцію виновнаго ³⁾). Это дѣйствіе въ art. 171 опредѣляется просто, какъ «un atto del suo ufficio»; art. 172, говоритъ о «ritardare od omettere un atto del suo ufficio», о «per fare un'atto contro i doveri dell'ufficio medesimo»; въ первомъ случаѣ предполагается, что должностное лицо выполняетъ свои обязанности, но съ промедленіемъ (*con ritardo*), напр. слѣдователь получивъ взятку, не спѣшитъ съ принятіемъ мѣры пресѣченія и тѣмъ даетъ возможность содѣйствовать сокрытію слѣдовъ преступленія; во второмъ случаѣ должностное лицо за вознаграждение вовсе не выполняетъ своей обязанности; наконецъ, въ третьемъ случаѣ онъ учиняетъ за вознаграждение неправомѣрный актъ. Art. 172, 2 и 3 перечисляетъ дѣйствія служебнаго характера, учиненіе которыхъ является обстоятельствомъ

¹⁾ Crivellari, V, 806, n. 87.

²⁾ Crivellari, V, 797, n. 78.

³⁾ „L'atto... dev' essere di quelli che sono sottoposti alla sua attività come parte integrante dell'ufficio a lui affidato“;—„un atto, che entri direttamente nella competenza propria del pubblico ufficiale“—„un atto entro i limiti della sua competenza, in esplicazione della sua podesta“ (Crivellari, V, 789, n. 69; 814, n. 92; Bertola 780, n. 11; 729, 732. Carrara, Programma, parte speciale, V, § 2553).

отягчающимъ виновность. Такими обстоятельствами по закону признаются: предоставление должности (но отнюдь не перемѣна ея), имѣющей публичный характеръ, предоставление стипендій и пенсій, но не увеличение уже получаемыхъ, предоставление знаковъ отличія, независимо отъ ихъ достоинства; заключеніе договоровъ, независимо отъ характера ихъ и степени заинтересованности въ нихъ даннаго административнаго управленія (art. 172, 2); оказаніе покровительства или причиненіе вреда одной изъ сторонъ въ гражданскомъ дѣлѣ, независимо отъ размѣра вреда, или обвиняемому въ уголовномъ дѣлѣ, независимо отъ тяжести угрожаемыхъ ему послѣдствій и стадіи производства; приговоръ къ лишенію свободы на срокъ болѣе одного года (art. 172, 3).

Для признанія дѣянія оконченнымъ требуется или дѣйствительное полученіе вознагражденія или заключеніе соглашенія между лиходателемъ и должностнымъ лицомъ¹⁾; при этомъ не имѣетъ значенія, было-ли передано вознагражденіе или заключено соглашеніе непосредственно или черезъ третьихъ лицъ, но съ вѣдома должностного лица²⁾. До полученія вознагражденія или до заключенія соглашенія возможно говорить о наличности покушенія на взяточничество, если со стороны должностного лица было проявлено въ той или иной формѣ желаніе получить вознагражденіе³⁾. Возможно привлеченіе къ отвѣтственности за взяточничество, если

¹⁾ „Art. 171: Il pubblico ufficiale, che riceve una retribuzione o ne accetta la promessa; Art. 172—„Ariceve o si fa promettere“. Zanardelli: „il delitto si consuma, quando il pubblico ufficiale stipula e conchiude il turpe mercato“ (Crivellari, V, 808, n. 88). Crivellari: „la corruzione si consuma colla patuizione“ (V. 790, n. 69; 815, n. 94; 816, n. 96; 820, n. 101). Bertola: „la corruzione si consuma coll'accordo delle sua volonta“ (732, 12).

²⁾ Crivillari, V, n. 94, стр. 815. Это относится какъ къ art. 171, такъ и къ art. 172. См. тамъ же, n. 101, стр. 820.

³⁾ Crivellari, V, n. 96, стр. 816.

вознагражденіе принято, хотя и послѣ сложенія съ себя обязанностей, но за дѣйствія, учиненныя во время службы¹⁾.

О взаимоотношеніи взяточничества и лиходательства было сказано выше. Итальянское уложеніе признаетъ наказуемымъ лиходательство, какъ въ случаѣ склоненія должностного лица къ дѣянію, противному служебному долгу, или опущенію послѣдняго, такъ и въ случаѣ склоненія къ учиненію имъ за плату служебнаго дѣйствія законѣрнаго, но безплатнаго: въ первомъ случаѣ лиходатель подлежитъ тому же наказанію, что и должностное лицо; во второмъ онъ карается мягче — штрафомъ отъ 50—300 лиръ. Наказуемо не только лиходательство оконченное, но и покушеніе на него имѣющее мѣсто въ томъ случаѣ, когда должностное лицо не учинило преступнаго дѣянія, въ которое вовлекалъ его лиходатель, или отвергло его предложеніе: наказаніе за покушеніе равняется половинѣ наказанія за оконченное дѣяніе (ст. 173)²⁾. Взятка подлежитъ конфискаціи во всѣхъ случаяхъ.

Помимо взяточничества, при которомъ вознагражденіе дается должностному лицу болѣе или менѣе добровольно, въ силу соглашенія, итальянское уложеніе знаетъ специальное дѣяніе — вымогательство должностныхъ лицъ, гдѣ такого соглашенія нѣтъ и гдѣ вознагражденіе вынуждается должностнымъ лицомъ³⁾. Подъ вымогатель-

¹⁾ Такой взглядъ особенно энергично защищается Carrara (Programma, P. sp. v. V, § 2547) и Majno (Commento al Codice pen. ital. n. 883, стр. 520—521); къ нимъ присоединяется Crivellari, V, n. 97, стр. 816—817. Contr. Impallomeni—Il Cod. pen. ital. illust. Vol. II, 175—176.

²⁾ Специальная оговорка о наказуемости покушенія исключаетъ возможность примѣненія общихъ правилъ о покушеніи, ибо дѣятельность лиходателя, квалифицируемая какъ покушеніе (sui generis), въ дѣйствительности болѣе подходитъ подъ понятіе приготовленія. Crivel. V, стр. 825—827, n. 106.

³⁾ Для установленія различія между взяточничествомъ и вымогательствомъ въ итальянской доктринѣ выдвигались различные критеріи: наибо-

ством (*conscussione*) итальянское уложение подразумевает такую дѣятельность должностного лица, которое, злоупотребляя своей властью, принуждает (*costringe*) или уговаривает (*induce*) другое лицо дать или обѣщать ему или третьему лицу деньги или какую либо иную выгоду, которая ему не слѣдовала, или когда должностное лицо получает то, что ему не слѣдовало, пользуясь ошибкой другого лица (art. 169—170). Тотъ видъ вымогательства, при которомъ должностное лицо принуждаетъ выдать или обѣщать деньги или иную выгоду, именуется открытымъ вымогательствомъ (*l'esplicita*); тамъ же, гдѣ должностное лицо не прибѣгаетъ къ насилію, но убѣждаетъ или пользуется ошибкой, признается вымогательствомъ подразумеваемымъ (*l'implicita*)¹⁾.

Составы дѣяній, предусмотрѣнныхъ art. 169 и 170, 1 въ общемъ сходны. Виновникомъ въ обоихъ случаяхъ можетъ быть только должностное лицо. Сущность дѣянія въ томъ и другомъ случаяхъ сводится къ передачѣ или обѣщанію должностному лицу суммы денегъ или какой либо иной выгоды; въ обоихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто корыстный мотивъ должностного лица, дѣйствующаго путемъ внушенія «*metus publicae potestatis*». Единственное различіе между дѣяніями, предусмотрѣнными art. 169 и 170, 1 заключается въ средствахъ, которыми пользуется должностное лицо: въ первомъ случаѣ должностное лицо принуждаетъ (*costringe*), во второмъ оно

лѣе удачнымъ признается проведение границы между этими дѣяніями по наличности или отсутствію отвѣтственного лиходателя; въ первомъ случаѣ будетъ взяточничество, во второмъ—при отсутствіи лиходателя—вымогательство. См. Crivellari, V, стр. 821, п. 102. Вымогательство итальянскаго уложенія весьма сходно съ понятіемъ „Erpressung, выработаннымъ общенѣмецкимъ правомъ.

¹⁾ Crivellari, V, п. 32, стр. 761. Vincenzo Manzini (Istituzioni, 243—244) говоритъ о положительномъ и отрицательномъ вымогательствѣ, относя къ послѣднему пользованіе ошибкой (art. 170, 2).

только уговариваетъ (*induce*), и, въ результатѣ такого воздѣйствія частное лицо должно почитать себя обязаннымъ выплатить должностному лицу то, что ему въ дѣйствительности не слѣдуетъ. При принужденіи угроза должностного лица очевидна (*expressa*), при уговорахъ—она только подразумевается (*è sottintesa*). Цѣлью какъ принужденія, такъ и употребляемыхъ должностнымъ лицомъ уговоровъ является предоставленіе или обѣщаніе должностному лицу или кому либо третьему денегъ или иной выгоды, которая вообще ему не слѣдуетъ (*indebitamente*). Размѣры вымогаемыхъ суммы денегъ и выгоды значенія не имѣютъ. Дѣяніе можетъ почитаться оконченнымъ, какъ скоро были примѣнены описанныя въ законѣ средства; непремѣннаго достиженія цѣли для состава дѣянія не требуется¹⁾.

Изъ анализа составовъ этихъ дѣній предусмотрѣнныхъ въ art. 169 и 170, 1 видно, что первое подходит дѣйствительно подъ понятіе вымогательства, во второмъ же слѣдуетъ видѣть скорѣе всего лихоимство, хотя законъ обоимъ дѣяніямъ присваиваетъ одинаково названіе вымогательства (*conscussione*). Къ вымогательству же итальянское уложение относитъ пользованіе со стороны должностного лица ошибкой или невѣдѣніемъ частнаго лица для полученія денегъ или извлеченія выгоды. Art. 170, 2 говоритъ именно о томъ случаѣ, когда частное лицо ошибочно почитаетъ себя обязаннымъ къ уплатѣ суммы денегъ, къ предоставленію какой либо выгоды, къ чему въ дѣйствительности онъ вовсе не обязанъ; должностное же лицо, извлекая пользу изъ этой ошибки, получаетъ то, что ему предлагается. Въ данномъ случаѣ поведеніе должностного лица совершенно пассивно, онъ ни уговариваетъ, ни принуждаетъ, но только молча принимаетъ

¹⁾ Crivellari, V, п. 50 и слѣд. стр. 775 и слѣд., особ. 781—782.

то, что даетъ ему частное лицо, находящееся въ заблужденіи относительно своей обязанности платить. Должностное лицо сознаетъ наличность этой ошибки и только пользуется ею; слово «только—soltanto» подчеркиваетъ пассивность поведенія должностного лица. Всякое отступление отъ этой пассивности неизбежно связано съ измѣненіемъ qualificacii дѣянія и примѣненіемъ къ виновному art. 169 или 170, 1. Для состава этого послѣдняго вида вымогательства (art. 170, 2) требуется, чтобы должностное лицо получило то, что ему въ дѣйствительности не слѣдуетъ; одного обѣщанія дать недостаточно. Дѣяніе почитается оконченнымъ съ момента полученія денегъ или другой какой либо выгоды должностнымъ лицомъ, при этомъ не имѣетъ значенія, въ его собственную пользу или въ пользу третьяго лица пошли переданныя деньги или доставленная выгода. Покушеніе въ виду состава дѣянія считается невозможнымъ.

Размѣры отвѣтственности намѣчаются въ зависимости отъ внѣшнихъ формъ учиненія вымогательства: вымогательство открытое—карается «reclusione» на срокъ отъ 3 — 10 лѣтъ, штрафомъ въ размѣрѣ отъ 300 до 10000 лиръ и пожизненнымъ ограниченіемъ въ правахъ (l'interdizione perpetua dai pubblici uffici); при наличности смягчающихъ обстоятельствъ ограниченіе на правахъ носить срочный характеръ, срокъ лишенія свободы понижается (1 г.—5 г.) и остается безъ измѣненія только штрафъ (art. 169); вымогательство—подразумѣваемое карается «reclusione» на срокъ отъ 1 года до 5 лѣтъ, штрафомъ въ размѣрѣ отъ 100 до 5000 лиръ и срочнымъ ограниченіемъ въ правахъ; при наличности смягчающихъ обстоятельствъ срокъ заключенія можетъ быть назначенъ отъ 6 мѣс. и до 2 лѣтъ; остальные наказанія остаются безъ измѣненія (art. 170, 1). Послѣдній видъ вымогательства (art. 170, 2) карается «reclusione» на

срокъ отъ 6 мѣс. до 3 лѣтъ, а при наличности смягчающихъ вину обстоятельствъ на срокъ отъ 1 мѣсяца до 1 года, штрафомъ въ размѣрѣ отъ 100 лиръ и до 5000 лиръ и срочнымъ ограниченіемъ въ правахъ; два послѣднія наказанія остаются безъ измѣненія и при наличности смягчающихъ вину обстоятельствъ.

ГЛАВА VI.

Англійское право.

Исторія англійскаго права, по свидѣтельству Стифена, показываетъ, что взяточничество въ Англіи никогда не имѣло широкаго распространенія и вслѣдствіе этого долго не возникало необходимости въ изданіи спеціальнаго законодательнаго акта: оно считалось преступнымъ (an offence) на основаніи «common law». Правда, въ 1384 г. было постановлено (8 Rich. 2, с. 3), что ни «judge of the King's Bench or Common Pleas», ни «Baron of the Exchequer» не могутъ принимать «ни мантии, ни помѣстій, ни пенсій, ни вознагражденій ни отъ кого, кромѣ короля, за исключеніемъ пищи и напитковъ небольшой стоимости, ни давать совѣтовъ по дѣламъ и вопросамъ, въ которыхъ король является стороною или заинтересованъ какимъ либо образомъ, ни быть совѣтниками по дѣламъ, подсуднымъ имъ или какому либо другому королевскому суду». Но и этотъ запретъ, не скрѣпленный санкціей, былъ отмѣненъ въ 1881 г. Statut'омъ Law Revision Act. Какъ приводитъ еще другой статутъ подобнаго же содержанія (11 Henr. IV, 1419 г.), но онъ не былъ напечатанъ ¹⁾. Но несмотря на это отсутствіе спеціальныхъ законодательныхъ актовъ, въ исторіи Англіи

¹⁾ Stephen, History of the Criminal Law, v. III, 250: „Nul chancelor, treasurer, garden del privie seal, counselor le roi, sernts, a counsell del roy, ne nul auter officer, judge, ne minister le roy pernans fees ou gages de roy pur lour ditz offices ou services, presigne en nul manner en temps a vener aucun manner de done ou brocage de ulluy pur lour ditz offices et services a faire“.

имѣли мѣсто нѣсколько случаевъ привлеченія къ отвѣтственности и осужденія за взяточничество еще задолго до извѣстнаго дѣла лорда Бэкона.

Исторія взяточничества въ Англіи, по словамъ Стифена, интересна въ томъ отношеніи, что она даетъ возможность отмѣтить тѣ ступени, по которымъ продажность проникала въ социальную среду: свойственная сначала лишь высшимъ чинамъ государства, она сдѣлалась постепенно наиболѣе характернымъ проступкомъ избирателей въ мѣстечкахъ и графствахъ. вмѣстѣ съ тѣмъ эта исторія показываетъ, съ какимъ вниманіемъ общество относилось ко всему, что бросало хотя бы тѣнь самаго отдаленнаго подозрѣнія во взяточничествѣ на должностныхъ лицъ и судей или лицъ чѣмъ либо съ ними связанных ¹⁾.

Въ современномъ англійскомъ правѣ, согласно съ характеромъ англійскаго законодательства, незнающаго опредѣленій общихъ, въ отдѣльныхъ актахъ содержатся угрозы наказаніемъ за взяточничество, обращенныя къ отдѣльнымъ категоріямъ должностныхъ лицъ. Такъ 33 Geo. III, с. 52, s. 62 имѣетъ въ виду должностныхъ лицъ Остѣ-Индіи, 7 и 8 Geo. IV, с. 53, s. 12—акцизныхъ чиновниковъ, 39 и 40 Vict. с. 36, s. 277—таможенныхъ чиновниковъ и 52 и 53 Vict. с. 69 (Public Bodies Corrupt Practices Act)—служащихъ въ учрежденіяхъ мѣстнаго самоуправления. Преслѣдованіе противъ всѣхъ этихъ лицъ, на основаніи указанныхъ актовъ, можетъ быть возбуждено только съ разрѣшенія Attorney или Solicitor-General. Кромѣ того, имѣется рядъ постановленій, направленныхъ противъ коррумпіи при выборахъ какъ обще-государственныхъ, такъ и мѣстныхъ (47 и 48 Vict. с. 70, 46 и 47 Vict. с. 51, s. 3) ²⁾.

¹⁾ Stephen, History, III, 251—253.

²⁾ Wertheim, Wörterbuch des englischen Rechts, S. 98. „Bribery“.

Взяточничество и лиходеительство рассматриваются, повидимому, какъ двѣ стороны одного дѣянія. По крайней мѣрѣ Стифенъ опредѣляетъ судебное взяточничество — «judicial corruption», какъ «a misdemeanor», заключающийся въ томъ, что кто-либо даетъ или предлагаетъ лицу, занимающему судебную должность, взятку, а занимающее судебную должность лицо принимаетъ эту взятку. Правда, онъ находитъ опредѣленіе это несовершеннымъ и способнымъ вызвать возраженія, но объясняетъ это несовершенство опредѣленія рѣдкостью самаго преступления ¹⁾.

Соотвѣтственно различію возможныхъ виновниковъ взяточничества Стифенъ различаетъ взяточничество судебное, взяточничество административныхъ должностныхъ лицъ (corruption of other public officers), взяточничество служащихъ въ общественныхъ учрежденіяхъ (corruption of public bodies, art. 138), взяточничество присяжныхъ (embezzlement, art. 139) и взяточничество при выборахъ. Объемъ наказуемости при всѣхъ этихъ видахъ взяточничества намѣчается различно; наиболѣе широкіе предѣлы наказуемости намѣчены при судебномъ взяточничествѣ: оно карается и какъ подкупъ ради учиненія извѣстныхъ дѣйствій, и какъ вознагражденіе за услуги уже оказанныя, при этомъ не обращается вниманія на характеръ этихъ дѣйствій и этихъ услугъ: они могутъ быть какъ правомѣрными, такъ и неправомѣрными. При остальныхъ видахъ взяточничества, хотя признается наказуемымъ и подкупъ ради будущихъ дѣйствій, и вознагражденіе за уже сдѣланное, но предполагается неправомѣрный характеръ оплачиваемой служебной дѣятельности ²⁾.

¹⁾ „The crime is so rare that the definition is very in perfect and more or less conjectural“—Stephen, Dig. 97.

²⁾ Stephen, Dig. art. 136: „in order to influence the judicial officer in something to be done, or to reward him for something already done, and

Въ отношеніи лиходеательства рамки наказуемости намѣчены уже: лиходеительство карается или только какъ подкупъ, или, хотя и какъ вознагражденіе, но лишь при склоненіи или при оплатѣ неправомѣрныхъ дѣйствій должностного лица ¹⁾. Только по отношенію къ нѣкоторымъ группамъ должностныхъ лицъ, на основаніи специальныхъ узаконеній, лиходеительство наказуемо и при склоненіи къ дѣяніямъ правомѣрнаго характера; таково напр. лиходеительство въ отношеніи къ судебнымъ органамъ и присяжнымъ, лиходеительство въ отношеніи къ акцизнымъ чиновникамъ (7 и 8 Geo. IV, c. 53, s. 12) и чиновникамъ таможеннаго вѣдомства (Customs Laws Consolidation Act 1876—39 и 40 Vict., c. 36, s. 217) ²⁾.

Съ внѣшней стороны дѣятельность взяточника опредѣляется, какъ домогательство вознагражденія, полученіе его или согласіе на полученіе для себя лично или для для кого либо другого («corruptly solicits or receives, or agrees to receive, for himself or for any other person, any reward»). Дѣятельность лиходеателя опредѣляется, какъ принужденіе, убѣжденіе или склоненіе должностного лица («by any means endeavours to force, persuade, or induce»), какъ доставленіе, обѣщаніе, или предложеніе платы («corruptly gives, promises, or offers any reward») или какъ воздѣйствіе съ помощью низкихъ средствъ («by any means—embezzlement») ³⁾.

Взяткой, по опредѣленію Стифена, является всякій

whether the thing done or to be done is itself proper or improper“. Art. 139: „to influence or instruct any jurymen, or to incline him to be more favourable to the one side than to the other in any judicial proceeding whether any verdict is given or not, and whether such verdict if given, is true or false“.

¹⁾ Art. 137: „induce any public officer... to do or omit to do any act which the offender knows to be a violation of such officer's official duty“.

²⁾ Stephen, Comm. IV, 245 обосновываетъ такое исключеніе тѣмъ, что „officers of these classes being peculiarly exposed to the temptation of a bribe“.

³⁾ Stephen, Dig. art. 137, 138, 139.

даръ или плата, предлагаемые въ виду или въ связи съ дѣломъ, или соглашеніе о нихъ ¹⁾). Оно можетъ заключаться въ подаркахъ, займахъ, вознагражденіи или доставленіи выгоды ²⁾; имѣется въ виду такимъ образомъ вознагражденіе матеріальнаго характера.

Признаніе взяточника и лиходателя совинниками въ одномъ и томъ же дѣяніи вызываетъ и установленіе для нихъ одинаковой отвѣтственности; такъ виновные въ «corruption of public bodies» подлежатъ на основаніи 52 и 53 Vict. с. 69, s. 2 заключенію въ тюрьмѣ съ тяжкимъ трудомъ на срокъ до 2-хъ лѣтъ или штрафу до 500 ф. ст. или обоимъ наказаніямъ вмѣстѣ; предложенный и полученный даръ подлежитъ конфискаціи; оба виновные терпятъ ограниченіе въ правахъ, а должностное лицо, кромѣ того, теряетъ занимаемую имъ должность. При повтореніи даннаго дѣянія объемъ правоограниченій расширяется; должностное лицо теряетъ право на пенсію.

1) „Every gift or payment made in respect of or in relation to any business having been, being, or about to be transacted before any such in his office is a bribe“. Stephen, Dig. art. 136.

2) 52 & 53 Vict. с. 69, s. 1: „gift, loan, fee, reward, or advantage“.— 17 & 18 Vict. с. 102, s. 1, 2 упоминаютъ о „money or valuable consideration“, какъ средствахъ подкупа избирателей.

ГЛАВА VII.

Обзоръ другихъ современныхъ законодательствъ.

Уже изъ предшествующаго обзора дѣйствующаго законодательства видно, что границы для наказуемости какъ взяточничества, такъ и лиходательства намѣчаются весьма различно. Вообще всѣ возможные случаи взяточничества и лиходательства могутъ быть представлены въ слѣдующей схемѣ:

1) взяточничество и лиходательство, какъ вознагражденіе:

- а) за оказанныя уже услуги правомѣрнаго характера;
- б) за оказанныя уже услуги, но характера неправомѣрнаго;

2) взяточничество и лиходательство, какъ подкупъ:

- а) ради учиненія какихъ либо дѣйствій, по существу правомѣрныхъ;
- б) ради учиненія какихъ либо дѣйствій, по существу неправомѣрныхъ.

Такіе широкіе предѣлы наказуемости и то лишь въ нѣкоторыхъ кодексахъ существуютъ только для взяточничества; объемъ наказуемаго лиходательства значительно уже. Съ точки зрѣнія границъ наказуемости взяточничества можно установить существованіе двухъ системъ: болѣе широкой германской и болѣе узкой французской.

По германской системѣ взяточничество наказуемо не только какъ подкупъ ради учиненія какихъ либо дѣйствій или воздержанія отъ нихъ, но и какъ вознагражденіе за услуги уже оказанныя; при этомъ какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаяхъ дѣятельность долж-

ностного лица, учиняемая подъ вліяніемъ мзды или оплачиваемая ею, можетъ носить характеръ законѣрный или, напротивъ, представлять болѣе или менѣе существенное нарушеніе служебнаго долга. По французской системѣ взяточничество понимается и конструируется, какъ подкупъ и потому караются только тѣ виды его, которые имѣютъ въ виду будущую дѣятельность, а не оплату услугъ уже оказанныхъ. Соответственно этимъ двумъ системамъ можно разбить на двѣ, неравныя, правда, группы и все остальное иностранное законодательство.

Къ германской системѣ, кромѣ разсмотрѣннаго уже итальянскаго уложенія, въ большей или меньшей степени, какъ увидимъ ниже, примыкаютъ уложенія болгарское, голландское и норвежское. Къ французской системѣ, кромѣ бельгійскаго уложенія, примыкаютъ венгерское, датское, испанское, португальское и японское.

Въ этомъ порядкѣ мы и рассмотримъ постановленія о взяточничествѣ и лиходеятельствѣ всѣхъ перечисленныхъ кодексовъ.

Болгарское уложеніе (2 февраля 1896 г.) знаетъ три вида взяточничества:

1) простое—когда должностное лицо принимаетъ подарокъ или вознагражденіе, гдѣ таковыя ему не полагались, или не отклоняетъ обѣщанія таковыхъ, даннаго передъ или послѣ выполненія или опущенія дѣйствій служебнаго характера (ст. 428, 1);

2) тяжкое—когда выполненіе или опущеніе дѣйствія, при указанныхъ выше условіяхъ, заключало въ себѣ нарушеніе служебнаго долга (ст. 423, 2);

3) квалифицированное—когда судья или судебный засѣдатель, подъ вліяніемъ подкупа, незаконно рѣшатъ уголовное или гражданское дѣло, или когда прокуроръ или слѣдователь, подъ вліяніемъ подкупа, нару-

шатъ какимъ-либо образомъ свой долгъ въ уголовномъ дѣлѣ (ст. 430).

Простое взяточничество карается тюрьмой, тяжкое—исправительнымъ домомъ до 5 лѣтъ, а квалифицированное—исправительнымъ домомъ на срокъ отъ 2—5 лѣтъ.

Подъ понятіе взяточничества не подходятъ подарки и награды, которыя подносятся должностному лицу добровольно и съ согласія его непосредственнаго начальства за особое усердіе, равно какъ подарки и награды служащему, безъ заявленій съ его стороны требованій, какъ скоро они не были запрещены особыми предписаніями (ст. 429).

Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ простого и тяжкаго взяточничества законъ называетъ должностное лицо и даетъ опредѣленіе этого понятія въ ст. 418; виновникомъ же квалифицированнаго взяточничества могутъ быть только лица специально указанные: судьи, судебные засѣдатели, прокуроръ и слѣдователь.

Съ виѣшней стороны дѣятельность виновниковъ можетъ заключаться въ принятіи подарковъ или вознагражденія, въ неотклоненіи обѣщанія таковыхъ, или, наконецъ въ изъявленіи согласія на то, что бы подарки, вознагражденіе или обѣщанія были даны кому-либо другому. Подарки, вознагражденіе и обѣщаніе ихъ могутъ имѣть въ виду какъ будущую дѣятельность должностного лица, такъ и его прошлыя услуги, только необходимо, чтобы эта дѣятельность и эти услуги носили характеръ служебный. Особенностью болгарскаго уложенія является специальное указаніе случаевъ, въ которыхъ принятіе подарковъ и вознагражденія признается допустимымъ (ст. 429).

Лиходеятельство въ болгарскомъ уложеніи карается и какъ средство склоненія должностного лица къ учиненію какого-либо служебнаго акта, независимо

отъ его свойствъ, т. е. какъ незаконнаго, такъ и законнаго, и какъ плата за прошлую дѣятельность, но лишь въ случаѣ ея незаконнаго характера (ст. 146); лиходательство признается тяжкимъ, если мзда дается судебному органу за оказаніе содѣйствія въ судебномъ дѣлѣ, гражданскомъ или уголовномъ (ст. 147)¹⁾. Наказаніемъ въ 1-мъ случаѣ служитъ тюрьма, во 2-мъ исправительный домъ на срокъ до 5 лѣтъ.

Болгарское уложеніе разсматриваетъ лиходательство особо отъ взяточничества, въ отдѣлѣ о преступленіяхъ противъ государственной власти (глава V), вслѣдствіе чего здѣсь не можетъ возникнуть никакихъ недоразумѣній о взаимоотношеніи лиходательства ко взяточничеству и наоборотъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ кодексахъ, которые предусматриваютъ эти дѣянія совмѣстно. Здѣсь каждое изъ дѣяній является совершенно особымъ и самостоятельнымъ.

Голландское уложеніе (3 марта 1881 г.— 1 сентября 1886 г.) знаетъ три вида взяточничества:

1) простое, заключающееся въ принятіи дара или обѣщанія его съ сознаниемъ, что онъ данъ съ цѣлью побудить должностное лицо, не нарушая своего служебнаго долга, что-либо учинить или что-либо наоборотъ опустить въ предѣлахъ своихъ служебныхъ обязанностей (art. 362—тюрьма до 3 мѣсяцевъ и денежный штрафъ до 300 гульденовъ);

2) тяжкое, заключающееся въ принятіи дара или обѣщанія его съ сознаниемъ, что онъ данъ съ цѣлью побудить должностное лицо что-либо учинить или что-либо опустить въ предѣлахъ своихъ служебныхъ обязанностей, вопреки своему служебному долгу, или что онъ

1) Кроме того ст. 148 приравниваетъ къ лиходательству дѣяніе того, кто за вознагражденіе или обѣщаніе его или какой либо другой выгоды предлагаетъ себя или принимаетъ на себя обязанности третейскаго судьи.

сдѣланъ вслѣдствіе или по поводу того, что должностное лицо противоправно учинило или опустило что-либо при выполненіи своихъ служебныхъ обязанностей; (art. 363, 1 и 2,—тюрьма до 4 лѣтъ);

3) квалифицированное, заключающееся въ принятіи дара или обѣщанія его судьей съ сознаниемъ, что они сдѣланы съ цѣлью повліять на рѣшеніе подлежащаго его разсмотрѣнію дѣла (тюрьма до 9 лѣтъ) или добиться вынесенія обвинительнаго приговора по уголовному дѣлу (тюрьма до 12 лѣтъ) (art. 364).

Такимъ образомъ, голландское уложеніе смотритъ на взяточничество, прежде всего, какъ на подкупъ ради будущей дѣятельности должностнаго лица и въ зависимости отъ характера этихъ будущихъ услугъ устанавливаетъ наказуемость¹⁾; вознагражденіе услугъ уже оказанныхъ должностнымъ лицомъ наказывается лишь въ случаѣ нарушенія при этомъ служебнаго долга²⁾.

Возможнымъ виновникомъ взяточничества уложеніе называетъ должностное лицо и только въ art. 364 специально упоминаетъ о судѣ.

Дѣйствіе виновнаго съ внѣшней стороны заключается въ принятіи дара или обѣщанія его съ опредѣленной цѣлью, въ зависимости отъ которой устанавливается тяжесть преступнаго дѣянія³⁾; съ момента учиненія

1) Наказуемость взяточничества, несопровождавшагося нарушеніемъ служебнаго долга (art. 362) Smidt мотивировалъ тѣмъ соображеніемъ, что такой чиновникъ „колеблетъ общее довѣріе, подрываетъ уваженіе и довѣріе къ званію, къ которому онъ принадлежитъ, и даетъ поводъ къ распространенію такого взгляда въ публикѣ, что подобныя средства являются необходимыми, чтобы понудить чиновниковъ къ исполненію ихъ обязанностей“ (Объясн. къ art. 404 проекта, теперь art. 362. III. 68).

2) Smidt признавалъ, что полученіе подарка за учиненное уже правонарушеніе служебнаго характера можетъ быть наказуемо въ порядкѣ дисциплинарномъ (Тамъ-же. Цит. по Birkmeys'у ук. соч. 328).

3) По мнѣнію Неклюдова, Голландскій кодексъ „отличается отъ всѣхъ прочихъ тѣмъ обстоятельствомъ, что впервые выразилъ въ самомъ законѣ

указанныхъ дѣйствій взяточничество можетъ считаться оконченнымъ.

Голландское уложеніе караетъ лихоительство, какъ въ случаѣ учиненія его съ цѣлью побудить должностное лицо нарушить служебный долгъ, такъ и въ томъ случаѣ, когда оно явилось послѣдствіемъ нарушения служебнаго долга; такимъ образомъ, «мзда» (подарки или обѣщанія ихъ) является здѣсь или средствомъ побудительнымъ къ нарушенію служебнаго долга, или лишь оплатой уже за совершенное нарушеніе (ст. 177); болѣе тяжкимъ случаемъ лихоительства признается учиненіе его съ цѣлью повліять на исходъ судебного дѣла (ст. 178). Карается оно въ 1-мъ случаѣ тюрьмой до 2-хъ лѣтъ или штрафомъ до 300 гульденовъ, во 2-мъ случаѣ — тюрьмой до 6 лѣтъ, а если лихоительство учинено съ цѣлью добиться обвинительнаго приговора, то тюрьмой до 9 лѣтъ. Лихоительство разсматривается здѣсь отдѣльно отъ взяточничества и отнесено къ посягательствамъ противъ управленія (гл. VIII)¹⁾.

Особо отъ взяточничества голландское уложеніе предусматриваетъ должностное вымогательство, подъ понятіе

неразрывную связь взяточничества съ подкупомъ, опредѣливъ мздоимство служащихъ, какъ принятіе подарка или обѣщанія, зная, что они даны виновному съ тѣмъ, чтобы побудить его къ дѣйствию или бездѣйствию по службѣ. Своеобразность этого опредѣленія очевидна: согласно ему взяточничества нѣтъ не только тогда, когда служащій не знаетъ цѣли лихоительства, но даже и въ томъ случаѣ, когда онъ принялъ даръ завѣдомо о томъ, что онъ дается ему за дѣйствіе или бездѣйствіе по службѣ, если только онъ не былъ данъ или обѣщанъ ему предварительно (Юридич. Лѣтопись. 1890 г., июнь, стр. 497). Вопреки мнѣнію уважаемаго автора, мы полагаемъ, что сознаніе связи между получаемымъ даромъ и выполняемымъ служебнымъ дѣйствіемъ необходимо входитъ въ составъ умысла при взяточничествѣ. См. ниже о внутренней сторонѣ взяточничества.

¹⁾ Повидимому, это обстоятельство вошло въ заблужденіе К. Авдиферова, заявляющаго, что нидерландское уложеніе не наказываетъ взяточдателей, ни какъ соучастниковъ, ни какъ виновниковъ *sui generis*. Уж. соч. стр. 16.

котораго оно подводитъ тѣ случаи, когда должностное лицо при отправленіи своихъ обязанностей требуетъ или принимаетъ что либо, какъ должное для себя или другого должностного лица или общественной кассы, или когда оно при расчетѣ удерживаетъ что либо, хотя знаетъ, что это ему и не слѣдуетъ: въ качествѣ наказанія за вымогательство установлена тюрьма до 6 лѣтъ (art. 366). Подъ понятіе вымогательства законъ подводитъ здѣсь и лихоимственные сборы.

Норвежское уложеніе (22 мая 1902 г. — 1 января 1905 г.) различаетъ три вида взяточничества:

1) простое, заключающееся въ требованіи, полученіи или принятіи обѣщанія относительно неправомѣрной выгоды для себя или другого за учиненіе или, наоборотъ, невыполненіе служебнаго дѣйствія, съ сознаніемъ, что эта выгода ему обезпечивается или обѣщана, чтобы повліять на его поведеніе въ служебныхъ дѣлахъ (§ 112); наказаніемъ служитъ денежный штрафъ, потеря должности или тюрьма до 6 мѣсяцевъ;

2) тяжкое — если дѣяніе или опущеніе, за которое выгода принята или обѣщана, противорѣчатъ служебному долгу, или если лицо должностное отказалось предпринять служебное дѣйствіе, чтобы такимъ путемъ вынудить выгоду себѣ или другому лицу, или, наконецъ, если выгода была принята съ сознаніемъ, что она ему дается за учиненное дѣйствіе, противорѣчащее служебному долгу (§ 113); во всѣхъ этихъ случаяхъ наказаніемъ является тюрьма на срокъ до 5 лѣтъ;

3) квалифицированное, заключающееся въ требованіи, принятіи или полученіи обѣщанія судьей, присяжнымъ, *Skjønsmænd* или экспертомъ съ цѣлью дѣйствовать во вредъ или въ пользу той или другой стороны, или въ награду за такой образъ дѣйствій (§ 114); наказаніемъ въ этихъ случаяхъ служитъ тюрьма до 8 лѣтъ.

Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ уложеніе называетъ должностное лицо и затѣмъ спеціально оговариваетъ судью, третейскаго судью, эксперта и Skionsmand.

Съ внѣшней стороны дѣятельность виновнаго заключается въ требованіи, принятіи какой либо неправомѣрной выгоды или въ принятіи обѣщанія такой выгоды, при этомъ для признанія дѣянія оконченнымъ достаточно одного заявленія требованія со стороны должностнаго лица или заявленія имъ отказа отъ выполненія какого либо служебнаго дѣйствія съ цѣлью такимъ путемъ вынудить предоставленіе себѣ или кому либо другому неправомѣрной выгоды. Такимъ образомъ, въ норвежскомъ уложеніи остается ненаказуемымъ вознагражденіе услугъ уже оказанныхъ должностнымъ лицомъ, если онѣ не противорѣчили служебному долгу.

Норвежское уложеніе относитъ лиходательство къ посягательствамъ противъ публичной власти и караетъ его лишь въ случаѣ учиненія его съ цѣлью побудить должностное лицо къ неправомѣрному поступку или содѣйствовать ему (§ 128): наказаніемъ служить тюрьма или денежный штрафъ.

Венгерское уложеніе (1878 г. — 1 сентября 1880 г.) знаетъ три вида взяточничества:

1) простое, подъ которымъ оно понимаетъ требованіе, принятіе подарка или вознагражденія, или неотклоненіе обѣщанія таковыхъ за учиненіе или, наоборотъ, опущеніе какого-либо дѣйствія, несвязанныхъ съ нарушеніемъ служебнаго долга;

2) тяжкое, когда перечисленные выше дѣйствія совершаются взяточникомъ за учиненіе или опущеніе какого либо дѣйствія, содержащаго нарушеніе служебнаго долга (§ 465);

3) квалифицированное, когда перечисленные дѣйствія, хотя-бы и безъ цѣли нарушенія служебнаго

долга, учинены судьей, слѣдователемъ или присяжнымъ (§ 467). Во всѣхъ этихъ случаяхъ должностное лицо остается отвѣтственнымъ, хотя-бы подарокъ или вознагражденіе, съ его согласія, были даны или обѣщаны 3-му лицу. Простое взяточничество карается тюрьмой на срокъ до 1 года, тяжкое — на срокъ до 2-хъ лѣтъ, а квалифицированное — исправительнымъ домомъ до 5 лѣтъ.

Наряду со взяточничествомъ венгерское уложеніе предусматриваетъ случаи дѣйствительнаго нарушенія служебнаго долга подкупленнымъ должностнымъ лицомъ:

1) нарушеніе служебнаго долга путемъ учиненія или опущенія за полученные или обѣщанные подарки или вознагражденіе (§ 467);

2) противозаконный приговоръ или рѣшеніе, произнесенные подкупленнымъ судьей по гражданскому или уголовному дѣлу;

3) нарушеніе своего долга подкупленнымъ слѣдователемъ при производствѣ слѣдствія по уголовному дѣлу;

4) противозаконный образъ дѣйствій и причиненіе имущественнаго ущерба, свыше 5000 гульденовъ, подкупленнымъ должностнымъ лицомъ, которое въ силу своего служебнаго положенія или особаго довѣрія принимаетъ участіе при распродажахъ, заключеніи договоровъ, поставкахъ, публичныхъ работахъ (§ 469).

Первый изъ указанныхъ случаевъ нарушенія служебнаго долга карается исправительнымъ домомъ на срокъ до 5 лѣтъ, а остальные на срокъ отъ 5 до 10 лѣтъ.

Наконецъ венгерское уложеніе знаетъ случаи дозволеннаго взиманія: 1) сборовъ и вознагражденія, основанныхъ на законѣ или на какомъ либо иномъ предписаніи;

2) гонорара свыше тарифа — нотариусами;

3) вознагражденія, допускаемаго служебными инструкціями, за особые труды;

4) небольшихъ подарковъ, какъ скоро они не были

вытребованы и принятіе ихъ допускается служебными инструкціями,—служителями.

Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ законъ называетъ должностное лицо, опредѣленіе понятія котораго законъ даетъ въ § 461, и особо упоминаетъ лишь органы судебной власти и должностныхъ лицъ, несущихъ нѣкоторыя спеціальныя порученія (§ 468, § 469, 3).

Съ внѣшней стороны дѣяніе виновнаго можетъ заключаться въ принятіи, требованіи или неотклоненіи обѣщанія вознагражденія или подарка какъ лично для самого виновнаго, такъ и для кого-либо третьяго. Такъ описывается дѣятельность виновника при взяточничествѣ въ его чистомъ видѣ; эта дѣятельность осложняется въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ говоритъ о дѣйствіяхъ лицъ уже подкупленныхъ; она характеризуется или вообще какъ нарушение служебнаго долга или болѣе узко, какъ напр. произнесеніе приговора или нарушение какой либо спеціальной обязанности.

Такимъ образомъ, венгерское уложеніе предусматриваетъ взяточничество только въ видѣ подкупа, имѣющаго въ виду будущую дѣятельность взяточника. Какъ и въ болгарскомъ уложеніи, въ венгерскомъ уложеніи, указаны случаи дозволеннаго принятія подарковъ.

Наказуемость лиходательства венгерское уложеніе ограничиваетъ незаконными дѣйствіями должностнаго лица (§ 470) и караетъ тюрьмою до одного года и штрафомъ до 1000 гульденовъ за дачу или обѣщаніе подарковъ или вознагражденія должностному лицу съ цѣлью побудить его къ нарушенію служебнаго долга; наказаніе возвышается, если лиходатель даетъ или обѣщаетъ взятку судѣ, слѣдователю или присяжному (тюрьма до 5 лѣтъ и штрафъ до 2000 гульденовъ).

Датское уложеніе (19 февраля 1866 г.) знаетъ три вида взяточничества:

1) простое, заключающееся въ требованіи со стороны должностнаго лица, принятіи или допущеніи обѣщанія подарковъ или другихъ выгодъ, на которыя должностное лицо не имѣло права, если всѣ означенныя дѣйствія не сопровождались другимъ нарушеніемъ долга (§ 117);

2) тяжкое, заключающееся въ ухищреніи тѣхъ же дѣяній, но ради нарушенія служебнаго долга (§ 118); и наконецъ, 3) квалифицированное, когда указанные дѣйствія учиняются судѣй при отправленіи имъ служебныхъ обязанностей (§ 120).

Въ качествѣ наказанія за простое взяточничество служить штрафъ, тюрьма или отрѣшеніе отъ должности; въ остальныхъ случаяхъ тюрьма на разные сроки.

Возможнымъ виновникомъ взяточничества является должностное лицо или судья. Дѣятельность ихъ съ внѣшней стороны можетъ выразиться въ требованіи, принятіи или допущеніи обѣщанія подарковъ или иныхъ выгодъ, на которыя виновникъ не имѣлъ права.

Для признанія дѣянія оконченнымъ достаточно одного заявленія требованія подарка, которое можетъ и не встрѣтить сочувствія со стороны того, къ кому оно предъявлено.

Карая взяточничество, датское уложеніе имѣетъ въ виду лишь подкупъ, ради склоненія должностнаго лица къ дѣятельности въ желательномъ для лиходателя направленіи. Въ качествѣ наказанія применимы какъ карательныя мѣры въ собственномъ смыслѣ, такъ и мѣры дисциплинарнаго характера—отрѣшеніе отъ должности.

Границы наказуемаго лиходательства также нешироки. Датское уложеніе караетъ тюрьмою или денежнымъ штрафомъ доставленіе, обѣщаніе или предложеніе подарковъ или другихъ выгодъ съ цѣлью побудить должностное лицо учинить дѣяніе, нарушающее служеб-

ный должъ (§ 119); подкупъ судьи или присяжнаго вызываетъ усиленную кару (§ 129).

Испанское уложеніе (1848 г.—1 янв. 1871 г.) конструируетъ взяточничество, какъ подкупъ, и въ зависимости отъ цѣли послѣдняго устанавливаетъ пять видовъ взяточничества:

1) принятіе должностнымъ лицомъ лично или черезъ посредство другого лица подарковъ или подношеній, предложеній или обѣщаній съ цѣлью выполнить дѣйствіе, входящее въ компетенцію должностнаго лица, но составляющее преступленіе (art. 396);

2) учиненіе тѣхъ же дѣйствій съ цѣлью выполнить входящее въ компетенцію должностнаго лица дѣяніе, хотя и не составляющее преступленія, но неправомерное, если оно дѣйствительно было выполнено (art. 397);

3) если это неправомерное дѣяніе не было выполнено (art. 397, 2);

4) если принятый подарокъ или обѣщаніе имѣли въ виду удержать должностное лицо отъ дѣянія, которое оно, въ силу своего служебнаго положенія, обязано было предпринять (art. 398), и, наконецъ, 5) принятіе должностнымъ лицомъ подарковъ, дѣлаемыхъ въ виду его служебнаго положенія (art. 401).

Возможнымъ виновникомъ взяточничества является должностное лицо, а также присяжные, третейскіе судьи, эксперты, оценщики, довѣренные и вообще лица, облеченныя общественнымъ довѣріемъ.

Съ внѣшней стороны дѣятельность виновныхъ заключается въ принятіи лично или черезъ посредство другихъ лицъ подарковъ, подношеній, предложеній или обѣщаній. Послѣдствіемъ указанныхъ дѣйствій должно

быть учиненіе должностнымъ лицомъ дѣянія, входящаго въ кругъ служебной дѣятельности виновнаго и являющагося или преступнымъ дѣяніемъ, или дѣяніемъ неправомернымъ, или воздержаніемъ отъ выполненія своей служебной обязанности. Такимъ образомъ, взяточничество здѣсь имѣетъ въ виду будущую дѣятельность, а отнюдь не оплату услугъ уже оказанныхъ.

Въ качествѣ карательныхъ мѣръ испанское уложеніе устанавливаетъ различные виды лишенія свободы, какъ-то: арестъ, неправомерный домъ, денежный штрафъ, а въ случаяхъ менѣе важныхъ публичный выговоръ и отрѣшеніе отъ должности и кромѣ того временное специальное ограниченіе въ правахъ (art. 400). Подарки и подношенія подлежатъ конфискаціи (art. 404).

Испанское уложеніе разсматриваетъ лиходеительство, какъ средство склоненія должностнаго лица къ учиненію какого-либо дѣйствія, независимо отъ характера дѣятельности взяточника, и караетъ его наравнѣ со взяточничествомъ (ст. 402); только лиходеительство въ уголовныхъ дѣлахъ съ цѣлью облегченія участи обвиняемаго, учиняемое женой, восходящимъ, нисходящимъ, братомъ или свойственникомъ ближайшихъ степеней, влечетъ за собой лишь денежный штрафъ въ размѣрѣ мзды (ст. 403).

Португальское уложеніе (16 сентября 1886 г.) содержитъ довольно сложныя постановленія о взяточничествѣ; оно знаетъ въ сущности два основныхъ вида взяточничества: простое и судебное, но затѣмъ отвѣтственность за простое взяточничество видоизмѣняется и ставится въ зависимость отъ характера дѣянія, учиняемаго подъ вліяніемъ полученнаго дара или учиненнаго за подарокъ, отъ выполненія или невыполненія этого дѣянія и т. п.

Подъ простымъ взяточничествомъ уложеніе понимаетъ полученіе должностнымъ лицомъ для себя или

другого лица дара съ тѣмъ, чтобы совершить дѣйствіе, имѣющее служебный характеръ (art. 318). Ответственность за это дѣяніе устанавливается, въ зависимости отъ того: 1) было-ли это дѣйствіе служебнаго характера неправомѣрно и было-ли оно дѣйствительно выполнено, или оно выполнено не было: въ первомъ случаѣ виновному грозитъ исправительный домъ отъ 2—8 лѣтъ или высшая тюрьма — срочная, во второмъ — исключение со службы на срокъ до 3 лѣтъ и денежный штрафъ;

2) если учиненное подъ вліяніемъ дара дѣйствіе было преступленіемъ, караемымъ болѣе строго, чѣмъ взяточничество, то это болѣе суровое наказаніе поглощаетъ наказаніе за взяточничество (art. 318, § 1);

3) если дѣйствіе, ради котораго даръ былъ полученъ, было правомѣрно и подлежало выполнению, то получившій даръ подлежитъ исключенію изъ службы на срокъ до 1 года и 1 мѣсяца и денежному штрафу (art. 318, § 2);

4) если полученіе дара имѣло въ виду удержать должностное лицо отъ выполненія его служебныхъ обязанностей, то получившій даръ подлежитъ удаленію отъ должности или исключенію со службы, смотря по обстоятельствамъ, и денежному штрафу (art. 318, § 3).

Принятіе предложенія о дарѣ или обѣщанія его влечетъ за собою удаленіе отъ должности, если дѣйствіе, ради котораго даръ былъ предложенъ или обѣщанъ, было неправомѣрно и дѣйствительно выполнено (art. 318, § 4). Напротивъ, отклоненіе предложенія или обѣщанія или возвращеніе дара или подарка, отказъ выполнить неправомѣрное дѣйствіе въ силу своего свободнаго побужденія считаются ненаказуемыми (art. 318, § 5). Взяточничество судебное имѣетъ мѣсто, когда даръ принимается судьей или присяжными съ тѣмъ, чтобы въ уголовномъ дѣлѣ произнести приговоръ, принять мѣру, подать голосъ въ

пользу или во вредъ кого-либо. Наказаніемъ служитъ исправительный домъ отъ 4 лѣтъ и послѣдующая ссылка на 8 лѣтъ, или ссылка на 15 лѣтъ и штрафъ въ 1.000.000 рейсовъ (art. 319).

Постановленія о наказуемости взяточничества имѣютъ примѣненіе и къ тѣмъ случаямъ, когда должностное лицо приняло подарокъ или обѣщаніе его съ тѣмъ, чтобы выполнить какое либо дѣйствіе или, наоборотъ, воздержаться отъ него, при чемъ оно не имѣло права ни на то, ни на другое (art. 318, § 6).

Возможными виновниками взяточничества уложеніе считаетъ, помимо должностныхъ лицъ, судей и присяжныхъ, также третейскихъ судей, экспертовъ и лицъ, которые несутъ извѣстныя публичныя обязанности, въ случаѣ отступленія ихъ отъ установленныхъ закономъ правилъ о вознагражденіи (art. 318, § 7, 8).

Съ виѣшней стороны дѣяніе заключается въ полученіи дара или подарка съ опредѣленною цѣлью, и съ этого момента дѣяніе почитается оконченнымъ; принятіе только предложенія о дарѣ или обѣщанія его въ отношеніи наказуемости приравнивается покушенію. Карательныя послѣдствія взяточничества носятъ отчасти уголовный, отчасти дисциплинарный характеръ.

Португальское уложеніе караетъ лиходеительство, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лиходеитель стремится добиться какого либо незаконнаго проступка со стороны должностнаго лица, купить его голосъ, такъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда путемъ подкупа онъ старается достигнуть вообще какого-либо результата. Наказаніе лиходеателя приравнивается наказанію взяточника, и только въ случаѣ лиходеательства съ цѣлью улучшить участь обвиняемаго, учиняемаго его близкими родственниками, наказаніе, какъ и въ испанскомъ уложеніи, значительно понижается (ст. 321).

Особо предусмотрено португальскимъ уложениемъ вымогательство, подъ которымъ оно понимаетъ вынужденіе должностнымъ лицомъ путемъ насилія или угрозъ для себя или другого лица денегъ, услугъ или иныхъ вещей (art. 314). Дѣяніе это влечетъ за собою суровую отвѣтственность въ формѣ каторги и послѣдующей ссылки.

Японское уложеніе (1907 г.—1 октября 1908 г.) знаетъ одинъ видъ взяточничества, именно принятіе, требованіе или допущеніе обѣщанія подарка или иной выгоды по поводу служебныхъ обязанностей, за который виновный подлежитъ заключенію въ исправительный домъ на срокъ до 3 лѣтъ; если же влѣдствіе полученнаго дара учинено дѣяніе неправомерное или невыполнено дѣйствіе, требуемое служебнымъ долгомъ, то наказаніе повышается и можетъ быть назначено заключеніе въ исправительномъ домѣ на срокъ до 10 лѣтъ. Полученный даръ или его цѣнность подлежатъ конфискаціи. Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ законъ называетъ должностное лицо или третейскаго судью.

Японское уложеніе караетъ и лиходеительство, понимая его, какъ доставленіе, предложеніе или обѣщаніе подарка или другой прибыли чиновнику, независимо отъ характера его будущей дѣятельности; наказаніе—исправительный домъ до 3-хъ лѣтъ или денежный штрафъ до 300 іенъ (ст. 198); если виновникъ сознается, то наказаніе можетъ быть не только смягчено, но и отмѣнено совершенно.

Изъ сдѣланнаго обзора западно-европейскаго законодательства видно, что оно знаетъ взяточничество, какъ самостоятельное и обособленное отъ близкихъ ему дѣяній (лихоимственные сборы). Въ понятіе взяточничества въ большинствѣ случаевъ входитъ не только принятіе добровольно даннаго дара или обѣщанія дара, но и полученіе дара потребованнаго (вымогательство). Въ качествѣ осо-

баго дѣянія, выдѣленнаго изъ понятія взяточничества, вымогательство предусмотрено въ кодексахъ: французскомъ, бельгійскомъ, итальянскомъ, голландскомъ и португальскомъ.

Вообще постановленія современнаго уголовного законодательства о взяточничествѣ и лиходеествѣ могли бы быть распределены по слѣдующей схемѣ, съ той оговоркой, что признаніе наказуемымъ менѣе тяжкаго вида предполагаетъ само собою наказуемость и болѣе тяжкихъ видовъ, хотя бы это и не было специально оговорено:

Взяточничество и лиходеительство,
какъ вознагражденіе.

А. за услуги правомернаго характера:

- 1) болгарское,
- 2) германское,
- 3) итальянское;

Б. за услуги характера неправомернаго:

- | | |
|-----------------|-----------------|
| 1) англійское, | 1) англійское, |
| 2) голландское, | 2) болгарское, |
| 3) норвежское. | 3) германское. |
| | 4) голландское. |

Взяточничество и лиходеительство,
какъ подкупъ:

А. ради учиненія дѣйствій, по существу правомерныхъ:

- | | |
|-------------------|-------------------|
| 1) бельгійское, | 1) испанское, |
| 2) венгерское, | 2) итальянское, |
| 3) датское, | 3) португальское, |
| 4) испанское, | 4) французское, |
| 5) португальское, | 5) японское. |
| 6) французское, | |
| 7) японское. | |

Б. ради учиненія дѣйствій, по существу неправомерныхъ:

- 1) венгерское,
- 2) датское,
- 3) норвежское,

Кромѣ того выдѣляютъ, въ качествѣ особаго вида, судебныя взяточничество и лиходеятельство:

- | | |
|------------------|-----------------|
| 1) англійское, | 1) болгарское, |
| 2) бельгійское, | 2) венгерское, |
| 3) болгарское, | 3) голландское, |
| 4) венгерское, | 4) датское. |
| 5) германское, | |
| 6) голландское, | |
| 7) датское, | |
| 8) итальянское, | |
| 9) норвежское, | |
| 10) французское. | |

Взяточничество дозволенное знаютъ уложенія болгарское и венгерское.

Взяточничество, осложненное дѣйствительнымъ нарушеніемъ служебнаго долга или даже учиненіемъ дѣянія преступнаго, извѣстно уложеніямъ венгерскому и португальскому. Лиходеятельство, привилегированное по мотивамъ его учиненія, отмѣчается уложеніями испанскимъ и португальскимъ.

ГЛАВА VII.

Русское право.

1. О лихоимствѣ по Своду законовъ.

Въ историческомъ обзорѣ русскаго законодательства о должностныхъ преступленіяхъ мы видѣли то исключительное вниманіе, съ которымъ законодатель относился ко взяточничеству. Это было первое дѣяніе, о запретѣ котораго велѣно было «прокликать по торгамъ». Доступное для должностныхъ лицъ всѣхъ категорій, оно въ теченіе довольно долгаго времени упоминается только въ связи съ нарушеніемъ интересовъ правосудія, съ неправосудіемъ. Въпервые при Петрѣ I, въ указѣ 1714 г., взяточничество отдѣляется отъ неправосудія и подъ официальнымъ наименованіемъ «лихоимства», объединявшаго всякаго рода незаконные поборы и сборы должностныхъ лицъ, при отправленіи ими служебныхъ обязанностей, проходить черезъ все обширное до-сводное законодательство и переходить въ Сводъ законовъ.

Лихоимству была посвящена гл. VI разд. V т. XV Св. зак. Здѣсь были установлены три вида лихоимства:

1) незаконные поборы (подъ видомъ государственныхъ податей), подъ которыми законъ понималъ:

а) всякій сборъ деньгами и вещами, неопредѣленный закономъ;

б) всякій излишекъ въ казенной подати или повинности;

в) нарядъ уѣздныхъ обывателей на работу для частной выгоды и подъ видомъ казенной или земской повинности (ст. 309).

2) вымогательство вещами, деньгами или припасами, подъ которыми понимается «всякая выгода, вынужденная по дѣламъ службы страхомъ притѣсненія въ дѣлѣ» (ст. 310);

3) взятки съ просителей по дѣламъ исполнительнымъ и судебнымъ, подъ которыми подразумѣваются «всякаго рода подарки, дѣлаемые чиновникамъ для ослабленія силы закона» (ст. 311).

«Существо взятокъ, говоритъ законъ (ст. 312), не измѣняется и тяжесть преступленія не уменьшается: 1) когда деньги, припасы, товары или вещи были токмо обѣщаны чиновнику, какъ посулы; но надлежитъ брать въ уваженіе только то, послѣдовало ли въ дѣлѣ послабленіе закона или нѣтъ и взятки ли служили побужденіемъ къ тому; 2) когда сумма денегъ или количество припасовъ, товаровъ и вещей подаренныхъ или обѣщанныхъ была незначительна; 3) когда взятки переданы чиновнику не прямо, но черезъ другого, подъ предлогомъ продажи, мѣны и другой какой либо благовидной сдѣлки».

Такимъ образомъ, въ Сводѣ зак. подъ общимъ не вполне точнымъ наименованіемъ лихоимства объединялись три дѣянія: лихоимство въ соб. смыслѣ, какъ взиманіе недолжнаго, «лиха», излишка, вымогательство и взяточничество; взяточничество понималось здѣсь, какъ подкупъ, и признавалось наказуемымъ при наличности послѣдующаго «послабленія закона». Такъ что принятіе подарковъ, въ качествѣ вознагражденія, за услуги уже оказанныя, независимо отъ характера ихъ, т. е. сопровождались или не сопровождались онѣ послабленіемъ закона и если, при допущеніи послабленія закона, не имѣлось въ виду полученіе вознагражденія, не почиталось преступнымъ. За то принятіе подарка или только обѣщанія его «для послабленія силы закона» въ будущемъ, независимо отъ размѣра и свойства подарка, независимо

отъ принятія его непосредственно или черезъ подставныхъ лицъ, явно или въ скрытой формѣ продажи, мѣны, или какой либо другой благовидной сдѣлки, считалось одинаково преступнымъ. Но какъ лихоимство въ соб. смыслѣ и вымогательство, такъ и взяточничество имѣютъ въ виду полученіе матеріальной выгоды; это видно изъ текста закона, говорящаго о сборѣ деньгами или вещами, объ излишкѣ въ казенной подати, о нарядѣ на работу подъ видомъ повинности (ст. 309), о выгодѣ (ст. 310), о подаркахъ деньгами, припасами, товарами или вещами (ст. 312).

Возможными виновниками лихоимства во всѣхъ его видахъ законъ называетъ чиновниковъ, но затѣмъ специально оговариваетъ удѣльныхъ приказныхъ головъ и сельскихъ старшинъ, которые за взятки и всякое лихоимство отдаются немедленно въ рекруты, а въ случаѣ неспособности къ военной службѣ отсылаются въ крѣпостныя рабочія команды (ст. 315). Соучастниками лихоимца признаются лица, принявшія взятку на имя чиновника, безъ его вѣдома (ст. 313), лиходатели и лица, прикосновенныя къ лихоимству (ст. 316), независимо отъ того, состоятъ они на службѣ или нѣтъ. Отсюда видно, что лихоительство сливается со взяточничествомъ въ единое дѣяніе, чѣмъ и объясняется отсутствіе специальныхъ о немъ постановленій.

Объектомъ лихоимства является чистота служебныхъ дѣйствій; о началѣ безмездности служебныхъ дѣйствій, какъ объектѣ лихоимства, говорить нельзя въ виду узкихъ сравнительно предѣловъ наказуемости взяточничества, въ виду ограниченія этой наказуемости случаями подкупа ради достиженія «послабленія закона». Со стороны внутренней дѣяніе можетъ быть только умышленнымъ; неосторожное лихоимство по самой природѣ своей немыслимо. Отдѣльные виды лихо-

имства различаются между собою съ внѣшней стороны: они выливаются или въ форму незаконныхъ сборовъ, или въ форму вымогательства т. е. принужденія страхомъ притѣсненія въ дѣлѣ къ предоставленію выгоды, или, наконецъ, въ форму принятія подарка или даже только обѣщанія такового (т. е. «посула»). Оконченнымъ оно будетъ почитаться въ зависимости отъ способа учиненія: то съ момента учиненія незаконнаго побора въ его различной формѣ, то съ момента притѣсненія, то, наконецъ, съ момента принятія подарка или обѣщанія его. Наказуемость лихоимца должна имѣть мѣсто, «несмотря ни на чины и достоинства, ни на прежнія заслуги» (ст. 313); она опредѣляется, «смотря по степени преступления и происходящихъ отъ того послѣдствій». Въ зависимости отъ этихъ условій можетъ быть назначено лишеніе всѣхъ правъ состоянія, отдача въ солдаты или ссылка на поселеніе или же въ каторжную работу; лица, подлежащія тѣлесному наказанію, прежде ссылки наказываются кнутомъ или плетью по той же соразмѣрности (ст. 314). Слабѣе карались удѣльные приказные головы и сельскіе старшины: «за взятки и всякое лихоимство они отдаются немедленно въ рекруты, а въ случаѣ неспособности къ военной службѣ отсылаются въ крѣпостныя рабочія команды» (ст. 315).

О размѣрахъ отвѣтственности соучастниковъ лихоимства законъ умалчивалъ, откуда слѣдуетъ заключить, что тутъ примѣнялись общія правила «о мѣрѣ вины по мѣрѣ участія въ преступленіи» (ст. 118, 119), въ силу коихъ высшей мѣрѣ отвѣтственности подлежали зачинщики или главные виновники и т. н. пущіе, остальные же участники карались слабѣе. Исходя изъ этого правила, слѣдуетъ предположить, что высшій размѣръ отвѣтственности падалъ на лихоимца и за тѣмъ на лихо-

дателя; остальные же «соучастники» подлежали отвѣтственности смягченной.

Помимо гл. VI разд. V въ другихъ мѣстахъ т. XV Свода зак. имѣются постановленія, говорящія о лихоимствѣ чиновниковъ при отправленіи ими какихъ либо специальныхъ обязанностей, какъ напр. ст. 319—о лихоимствѣ карантинныхъ чиновниковъ, ст. 505—таможенныхъ чиновниковъ, ст. 636—лѣсныхъ чиновниковъ. Кромѣ того по законамъ о взяткахъ (ст. 314 и 316) отвѣчаютъ также чиновники за вступленіе въ сдѣлки денежныя съ поставщиками и подрядчиками (ст. 299).

Принятіе «взятковъ» при учиненіи умышленнаго неправосудія не влияетъ на размѣръ отвѣтственности, которая устанавливается въ одинаковомъ размѣрѣ, независимо отъ того, было ли оно учинено «изъ взятковъ» или изъ угожденія, или по дружбѣ и родству, или по ненависти и враждѣ, или по другой какой либо страсти (ст. 289).

II. О мздоимствѣ и лихоимствѣ по улож. о наказ.

Глава VI разд. V улож. о нак. (ст.ст. 372—382) озаглавлена «О мздоимствѣ и лихоимствѣ», но этотъ заголовокъ не вполне соответствуетъ содержанію послѣдующихъ статей, гдѣ ни разу не упоминается, въ качествѣ *delictum sui generis*, мздоимство и понятіе его приходится устанавливать путемъ толкованія закона, но зато помимо лихоимства упоминаются высшая его степень—вымогательство и затѣмъ рядъ дѣяній съ лихоимствомъ связанныхъ.

Подъ лихоимствомъ улож. о нак. (ст. 372) понимаетъ принятіе чиновникомъ или инымъ лицомъ, состоящимъ на службѣ государственной или общественной, по дѣлу или дѣйствию, входящему въ кругъ его обязанностей по службѣ, подарка, состоящаго въ деньгахъ или

въ чемъ бы то ни было иномъ, при этомъ законъ различаетъ, соединялось ли это принятіе подарка съ нарушеніемъ обязанностей службы (ст. 373) или нѣтъ (ст. 372); въ первомъ случаѣ имѣетъ мѣсто лихоимство въ соб. смыслѣ слова, во второмъ, т. е., когда полученіе вознагражденія не связано съ нарушеніемъ обязанностей службы, мздоимство (к. р. 82/38); въ этомъ и заключается, по толкованію судебной практики, различіе между лихоимствомъ и мздоимствомъ (к. р. 89/36). Далѣе законъ въ отношеніи мздоимства опредѣленно различаетъ, предшествовало принятіе подарка учиненію какого либо дѣйствія или, наоборотъ, слѣдовало за нимъ; по отношенію къ лихоимству такого точнаго различія не сдѣлано. По степени тяжести всѣ предусмотрѣнные улож. о нак. случаи распредѣляются слѣдующимъ образомъ:

1) принятіе подарка за дѣйствіе, уже учиненное, несопровожденное нарушеніемъ обязанностей (ст. 372, ч. 1—мздоимство);

2) принятіе подарка прежде выполненія какого либо законоуказнаго дѣйствія по службѣ (ст. 372, ч. 2—мздоимство)¹⁾;

¹⁾ Принятію подарка законъ приравниваетъ возвращеніе принятаго безъ извѣщенія предварительнаго на то согласія подарка, немедленно или, по крайней мѣрѣ, въ теченіе 3-хъ дней (ст. 372), по новой редакціи ст. 372 по зак. 31 янв. 1916 г.—„во всякомъ случаѣ, при первой возможности“. Это измѣненіе редакціи привѣтствуетъ Н. Рабиновичъ, какъ уничтоженіе лазейки для людей недобросовѣстныхъ, успѣвшихъ своевременно возвратить даръ въ случаѣ возникшей возможности ихъ изобличенія, и устраненіе необходимости преслѣдовать людей, можетъ быть и вполне честныхъ, но по небрежности или по независящимъ отъ нихъ обстоятельствамъ не успѣвшихъ вернуть въ срокъ посланной имъ взятки. См. О наказуемости взяточничества и лихоимства. Право. 1916 г. стр. 669.—Содержаніе ст. 372 соответствуетъ понятію „strafbare Geschenknahme“, котораго не зналъ нашъ Сводъ зак., но которое было извѣстно партикулярному германскому законодательству. Включая эти понятія въ угол. зак. составители улож. замѣтно расширили область наказуемаго взяточничества, при чемъ принятіе неустановленнаго приношенія уже послѣ учиненія дѣйствія именовали „винивѣйшимъ видомъ мздоимства“.

3) принятіе подарка для учиненія или допущенія чего либо противнаго обязанностямъ службы (лихоимство—ст. 373—376), при чемъ безразличны какъ время полученія подарка т. е. до или послѣ учиненія нарушенія обязанностей службы былъ принятъ подарокъ, такъ и способъ полученія подарка посредственный или непосредственный; полученію подарка въ этомъ случаѣ законъ приравниваетъ принятіе обѣщанія дать подарокъ или извѣщеніе согласія принять его и обличеніе подарка въ форму проигрыша, мѣны, продажи или другой какой либо мнимо-законной и благовидной сдѣлки (о. с. 89/4); Устанавливая эти виды взяточничества, улож. о нак. пополнило систему Свода зак., понимавшаго взяточничество только какъ подкупъ, заимствованнымъ изъ германскаго партикулярнаго законодательства понятіемъ взяточничества - вознагражденія. Въ результатъ такого поименія получилось, какъ будто, что наше дѣйствующее право въ менѣ важныхъ случаяхъ караетъ какъ взяточничество-подкупъ, такъ и взяточничество - вознагражденіе, въ случаяхъ-же болѣе тяжкихъ—только взяточничество-подкупъ. Въ виду такой несогласованности ст.ст. 372 и 373 и устраненія безнаказанности принятія дара за совершенное уже нарушеніе служебныхъ обязанностей этотъ послѣдній случай подводится нѣкоторыми подъ ст. 372¹⁾. Текстъ ст. 373, дѣйствительно, даетъ основаніе къ такому толкованію, но мы думаемъ все-таки, что взяточничество-вознагражденіе за совершенное уже нарушеніе служебныхъ обязанностей является наказуемымъ и карается наравнѣ со взяточничествомъ-подкупомъ по ст. 373. Наиболѣе существен-

¹⁾ См. Эстринь—Взяточничество въ доктринѣ и законодательствѣ. Труды кружка угол. права при С.-Петербургскомъ университетѣ, стр. 181. Н. Рабиновичъ.—О наказуемости взяточничества и лихоимства. Право. 1916 г. стр. 671.

нымъ признакомъ, разграничивающимъ дѣянія, предусмотрѣнные ст.ст. 372 и 372, является характеръ служебныхъ дѣйствій, учиняемыхъ за взятку или ради взятки, а отнюдь не время полученія этой послѣдней ¹⁾. Ст. 376 приравниваетъ полученію взятки изъясненіе желанія или согласія на полученіе взятки т. е. фактически уплата можетъ имѣть мѣсто и послѣ учиненія или допущенія нарушенія обязанностей службы. Въ пользу нашего толкованія говоритъ и смыслъ ст. 374, карающей учиненіе чего либо, противнаго обязанностямъ службы, «хотя и не для собственной корысти, но для доставленія другому незаконной прибыли» т. е. учиненіе чего либо противнаго обязанностямъ службы, за что въ будущемъ послѣдуетъ оплата, если не лично учинившему, то другому лицу. Слѣдовательно лицо, учиняя или допуская что либо противное обязанностямъ службы, ожидаетъ, что оно будетъ вознаграждено такъ или иначе, лично или посредственно. Такое ожиданіе награды въ будущемъ, особенно основанное на прошломъ опытѣ, представляетъ явленіе заурядное при взяточничествѣ-вознагражденіи. Наконецъ, улож. о нак. въ цѣломъ рядѣ статей предусматриваетъ частные случаи нарушенія служебныхъ обязанностей «изъ корыстныхъ видовъ» т. е. или вслѣдствіе уже полученнаго вознагражденія или въ чаяніи будущаго; если «корыстные виды» получаютъ дѣйствительно осуществленіе, то имѣетъ мѣсто взяточничество-вознагражденіе за нарушеніе служебныхъ обязанностей. Во всѣхъ этихъ случаяхъ въ дѣйствительности имѣетъ мѣсто совокупность взяточничества и какого либо спеціальнаго должностнаго правонарушенія, но законодатель создаетъ дѣяніе единое, придавая взяточничеству лишь значеніе мотива,

¹⁾ Объясн. Зап. т. VIII, стр. 483 замѣчаетъ, что «время принятія подарка и обѣщаній играетъ въ улож. о нак. какую-то весьма неясную роль».

осложняющаго нарушеніе какой либо спеціальной обязанности; въ тоже время отвѣтственность опредѣляется въ большинствѣ случаевъ въ такомъ же размѣрѣ, который установленъ за взяточничество ¹⁾, и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ корыстный мотивъ вліяетъ на усиленіе отвѣтственности, установленной особо за нарушеніе спеціальной служебной обязанности ²⁾; по всѣмъ этимъ соображеніямъ слѣдуетъ предположить, что по русскому законодательству при нарушеніи служебныхъ обязанностей наказуемо не только взяточничество-подкупъ, но и взяточничество-вознагражденіе;

4) высшая степень лихоимства — вымогательство, подъ которымъ, по опредѣленію закона, разумѣется (ст. 377): 1) всякая прибыль или иная выгода, приобретаемая по дѣламъ службы притѣсненіемъ или же угрозами и вообще страхомъ притѣсненія; 2) всякое требованіе подарковъ или же неустановленной закономъ платы или ссуды или же какихъ либо услугъ, прибылей или иныхъ выгодъ по касающемуся до службы или должности виновнаго въ томъ лица дѣлу или дѣйствию, подъ какимъ бы то ни было видомъ или предложомъ; 3) всякіе неустановленные закономъ или въ излишнемъ противъ опредѣленнаго количества поборы деньгами, вещами или чѣмъ либо инымъ; 4) всякіе незаконные наряды обывателей на свою или чью либо работу.

По толкованію судебной практики, вымогательствомъ наши законы считаютъ всякія, дѣлаемые должностнымъ лицомъ кому либо съ цѣлью полученія отъ нихъ незаконныхъ денежныхъ или иныхъ матеріальныхъ выгодъ притѣсненія, или угрозы, или предъявляемыя требованія по касающемуся до службы виновнаго дѣлу или дѣй-

¹⁾ См. ст.ст. 364, 492, 493, 805, 807, 810, 905, 911, 1069, 1289, 1291, 1402.

²⁾ См. ст.ст. 333, 366, 367, 368, 369, 436, 457, 458.

ствію (к. р. 71/892, 75/496). Такимъ образомъ, отличительная черта вымогательства заключается въ томъ, что получаемая лихоимцемъ прибыль доставляется ему по принужденію, а не по добровольному согласію дающаго, какъ это явствуетъ изъ сопоставленія ст.ст. 372, 373, 374, 378, 380 (к. р. 69/449). Если при этомъ былъ употребленъ какой либо обманъ, т. е. если деньги были потребованы подъ вымышленнымъ предлогомъ внесенія ихъ въ казну, то дѣяніе все-таки не становится мошенничествомъ, при которомъ немислимо принужденіе ни физическое, ни нравственное (к. р. 74/654) ¹⁾.

Въ понятіе вымогательства, усвоенное улож. о нак., вошло два вида лихоимства, извѣстныхъ Своду зак., это—незаконные поборы съ одной стороны (ст. 309, т. XV) и вымогательство въ соб. смыслѣ (ст. 310, т. XV), вслѣдствіе чего содержаніе этого дѣянія получило очень широкое и недостаточно опредѣленное. Въ вымогательствѣ улож. о нак. необходимо поэтому различать, какъ это и дѣлаетъ совершенно правильно Неклюдовъ: 1) вымогательство, какъ тягчайшій видъ взяточничества, когда взятка была вызвана требованіемъ ея со стороны виновнаго (ст. 377, п. 2) или же когда она была дана не только по собственному почину лихоимателя, но вслѣдствіе вынужденія ея притѣсненіями, угрозами и вообще страхомъ притѣсненія (ст. 377, п. 1); 2) вымогательство, какъ самостоятельное, отличное отъ взяточничества преступленіе, заключающееся или во взиманіи въ свою пользу неуставленныхъ или въ неуставленномъ раз-

¹⁾ Но такая точка зрѣнія была усвоена Сенатомъ, повидимому, только въ отношеніи къ вымогательству должностному, ибо въ к. р. 85/18 Сенатъ призналъ, что вымогательство денегъ отъ владѣльцевъ лошадей подъ вымышленнымъ предлогомъ караулить ихъ отъ воровъ и подъ угрозой, что они будутъ похищены, если деньги не будутъ уплачены, однимъ изъ видовъ мошенничества, предусмотрѣннаго ст. 174, п. 2 уст. о нак.

мѣръ государственныхъ и общественныхъ налоговъ или иныхъ сборовъ (ст. 377, п. 3) или же въ злоупотребленіи личными повинностями посредствомъ наряда обывателей на свою или чужую работу (ст. 377, п. 4) ¹⁾. Устанавливая такое понятіе вымогательства, составители уложенія слѣдовали отчасти примѣру стараго французскаго законодательства, отчасти взглядамъ, развивавшимся въ германской литературѣ въ первой половинѣ XIX в. ²⁾.

Такимъ образомъ, понятіе взяточничества въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ слагается изъ трехъ дѣяній: мздоимства, лихоимства и вымогательства; въ тѣсной связи со взяточничествомъ улож. о нак. ставитъ лихоимственные сборы, не разграничивая эти два разнородныя дѣянія ³⁾.

Соотвѣтственно приемамъ законодательной техники первой половины XIX вѣка улож. о нак. содержитъ подробный перечень обстоятельствъ, такъ или иначе отражающихся на размѣрахъ отвѣтственности виновныхъ.

Обстоятельствами безразличными съ точки зрѣнія отвѣтственности признаются: 1) принятіе подарковъ не лично, а черезъ другихъ (ст. 372, ч. 2);

2) дозволеніе принимать подарки женѣ, дѣтямъ, род-

¹⁾ См. Неклюдовъ. Взяточничество и лихоимство. Юрид. Лѣтопись, 1890, июнь, стр. 500. Побыры, не установленные закономъ, а налагаемыя произвольно должностнымъ лицомъ на цѣлое общество, какъ доставляющіе должностному лицу прибыль не по добровольному согласію дающаго, а по принужденію, вслѣдствіе такого ихъ характера, причислены къ вымогательству (Объяс. на 399 ст. проекта улож.). К. р. 77/63.

²⁾ См. напр. Abegg, Lehrbuch § 494, Tittmann, Handbuch § 241 и др.

³⁾ Въ противоположность системѣ улож. о нак. иностранные кодексы, какъ мы видѣли, проводятъ грань между взяточничествомъ въ соб. смыслѣ и взиманіемъ лихоимственныхъ сборовъ и повинностей, при чемъ или отводить этимъ преступленіямъ отдѣльныя рубрики, или, гдѣ таковыхъ не имѣется, помѣщаютъ ихъ хотя и въ одной и той-же главѣ о злоупотребленіяхъ по службѣ, но отдѣльно и самостоятельно.—Неклюдовъ, тамъ же, стр. 508. Справ. Н. Рабиновичъ, ук. ст. стр. 615.

ственникамъ или кому либо другому (ст. 372, ч. 2; 356 п. 1, 2);

3) одно обѣщаніе (а не передача) денегъ или вещей, соотвѣтственно выраженному желанію или согласію (ст. 376, п. 3);

4) передача взятки непосредственно или посредственно, но подъ видомъ проигрыша, продажи, мѣны или другой какой либо мнимо-законной и благовидной сдѣлки (ст. 376, п. 4).

Ограничительное толкованіе ст. 373, о которомъ было сказано выше, приводитъ сторонниковъ его къ выводу, что и постановленія ст. 376 имѣютъ примѣненіе лишь въ отношеніи лихоимства (ст. 373), а отнюдь не мздоимства (ст. 372), но дѣло въ томъ, что п.п. 1-му и отчасти 3-му имѣются соотвѣтствующія постановленія въ ст. 372 (посредствующее принятіе подарковъ); принятіе подарка подъ благовиднымъ предлогомъ (проигрышъ, мѣна и п. п.) ст. 372 не исключается; уравниеніе же принятія подарка и изъявленія желанія или согласія принять его, дѣйствительно, имѣетъ мѣсто только при лихоимствѣ (ст. 373), а не при мздоимствѣ (ст. 372), гдѣ для окончанія дѣянія требуется дѣйствительное полученіе подарка, а не одно согласіе принять его¹⁾.

Обстоятельствомъ, смягчающимъ отвѣтственность, служить объявленіе начальству съ раскаяніемъ о полученіи взятки (ст. 373, ч. 2); напротивъ, обстоятельствами, усиливающими отвѣтственность, являются: 1) соединеніе вымогательства съ истязаніями или инымъ явнымъ насиліемъ (ст. 378, ч. 2) и 2) учиненіе или допущеніе вслѣдствіе полученной взятки нарушенія обязанностей службы, обложеннаго болѣе строгимъ наказаніемъ, чѣмъ установлено за взятки (ст. 375).

¹⁾ И. Рабиновичъ усматриваетъ въ этомъ случаѣ пробѣлъ законодательства, что едва ли правильно. Уж. ст. стр. 617.

Новый законъ 31 января 1916 г. въ качествѣ обстоятельствъ, усиливающихъ отвѣтственность при всѣхъ видахъ взяточничества, указываетъ на учиненіе взяточничества: а) при исполненіи служебныхъ обязанностей по снабженію арміи и флота боевыми, продовольственными или иными припасами; б) при исполненіи служебныхъ обязанностей по пополненію личного состава арміи или флота; в) при исполненіи служебныхъ обязанностей вообще по оборонѣ государства; д) при желѣзно-дорожной службѣ во время войны какъ на казенныхъ, такъ и на частныхъ дорогахъ (ст. 381¹⁻²).

Наряду съ мздоимствомъ и лихоимствомъ, въ той же главѣ улож. о нак. предусматриваетъ еще рядъ дѣяній, изъ которыхъ нѣкоторыя имѣютъ весьма отдаленное отношеніе къ дѣяніямъ разсматриваемымъ. Это—1) противозаконные сборы должностными лицами волостного и сельскаго управленія, писарями и ихъ помощниками денегъ или же чего либо иного на подарки и угощеніе чиновниковъ и другого званія людей (ст. 379, ч. 1)¹⁾;

2) присвоеніе вполнѣ или отчасти этихъ сборовъ (ст. 379, ч. 2);

3) учиненіе или допущеніе чего либо, противнаго обязанностямъ службы, для доставленія другому незаконной прибыли или же изъ иныхъ противозаконныхъ видовъ (ст. 374); дѣяніе это приравнивается лихоимству и наказывается, какъ это послѣднее, по ст. 373;

4) содѣйствіе мздоимству или лихоимству черезъ принятіе подарковъ или взятки вмѣсто другого, чрезъ посредничество при требованіяхъ, передачѣ или полученіи взятокъ или подарковъ, чрезъ участіе въ притѣсненіи.

¹⁾ Такимъ образомъ, ст. 379 предусматриваетъ два случая: 1) когда эти незаконные сборы дѣйствительно служили на угощеніе чиновниковъ и друг. лицъ, и 2) когда они обращены подъ вымышленнымъ предлогомъ въ пользу самихъ сборщиковъ (к. р. 77/63).

ніяхъ или угрозахъ, употребляемыхъ для вымогательства (ст. 380);

5) попустительство начальниковъ, кои зная достоверно о подаркахъ или взяткахъ, получаемыхъ подчиненными ихъ или о чинимыхъ ими или допускаемыхъ вымогательствахъ, не принимали никакихъ мѣръ для прекращенія сихъ злоупотребленій, изобличеній и наказаній виновныхъ или даже явно имъ потворствовали (ст. 380, ч. 1);

6) недонесеніе о взяточничествѣ при возможности такового (ст. 380, ч. 2);

7) оправданіе судьями вопреки законамъ и обстоятельствамъ дѣла преступниковъ, изобличенныхъ въ мздоимствѣ и лихоимствѣ (ст. 380, ч. 1);

8) присвоеніе денегъ или вещей, полученныхъ для передачи ихъ другимъ въ видѣ взятки (ст. 381);

9) подстрекательство къ подлогу или похищенію бумагъ со стороны лиходателя (ст. 382)¹⁾.

Такимъ образомъ, законодатель выдѣлилъ въ самостоятельныя преступныя дѣянія отдѣльные случаи соучастія и прикосновенности лихоимству и, кромѣ того, отнесъ къ той же главѣ дѣянія, имѣющія весьма мало общаго со взяточничествомъ, какъ напр. неправосудіе къ лихоимцамъ (ст. 380) и подстрекательство со стороны лиходателей къ похищенію, истребленію и къ подлогу (ст. 382). Разнородность этихъ группъ дѣяній видна изъ того, что объектомъ взяточничества во всѣхъ его видахъ является безмездность служебныхъ дѣйствій, при этомъ законодатель обращаетъ вниманіе главнымъ образомъ на интересы службы, а не на интересы частныхъ лицъ; два послѣднія дѣянія имѣютъ въ виду интересы правосудія (ст. 380), интересы, обезпечиваемые письменными актами

¹⁾ Ст. эта зак. 31 янв. 1916 г. отмѣнена, какъ совершенно излишняя. См. Н. Рабиновичъ, ук. ст. стр. 672.

(ст. 382). Это различіе въ основномъ элементѣ состава неизбежно должно сказаться и на всей дальнейшей конструкціи.

При разработкѣ проекта уголовного уложенія вниманіе членовъ редакціонной комиссіи превлекла къ себѣ ст. 374, приравнивающая взяточничеству «учиненіе или допущеніе чего либо, противнаго обязанностямъ службы, хотя и не для собственной корысти, но для доставленія другому незаконной прибыли или же изъ иныхъ противозаконныхъ видовъ». По мнѣнію редакціонной комиссіи, «въ нашемъ уложеніи не существуетъ болѣе тяжелой статьи для совѣсти судьи и обвинителя», чѣмъ эта ст. 374. Она указываетъ признаки: отрицательный — отсутствіе собственныхъ корыстныхъ мотивовъ, и — положительные: 1) учиненіе или допущеніе чего либо противозаконнаго и 2) для доставленія другому незаконной прибыли или изъ иныхъ противозаконныхъ видовъ. На основаніи этихъ положительныхъ признаковъ можно сдѣлать заключеніе, что наказуемо учиненіе или допущеніе чего либо, противнаго обязанностямъ службы, для доставленія другому противозаконной выгоды т. е. принятіе взятки въ пользу третьихъ лицъ. Но обусловленность учиненія или допущенія чего либо противнаго обязанностямъ службы «иными противозаконными видами» дѣлаетъ составъ дѣянія совершенно неопредѣленнымъ, такъ какъ всякое должностное преступленіе всегда обусловливается какими либо противозаконными видами и побужденіями и, слѣдовательно, каждое должностное преступленіе въ концѣ концовъ можетъ быть подведено подъ ст. 374. Въ дѣйствительности, по словамъ Объяснительной Записки, примѣненіе этой статьи крайне рѣдко; она представляетъ мертвую букву¹⁾. Имѣющееся по поводу этой статьи

¹⁾ Объясн. Зап. т. VIII, стр. 481.

рѣшеніе Сената мало способствуетъ уясненію ея смысла и, главное, отграниченію области ея примѣненія отъ другихъ статей ¹⁾. Ст. 374, какъ мы видѣли, стоитъ въ тѣсной связи со ст. 373 и дополняетъ ее, предусматривая случаи взяточничества-вознагражденія за нарушение служебныхъ обязанностей, при чемъ допускаетъ, что это вознагражденіе можетъ быть получено не только самимъ учинившимъ или допустившимъ нарушение обязанностей службы, но и кѣмъ либо другимъ. Кромѣ того, улож. о нак., какъ мы видѣли, предусматриваетъ частные случаи нарушения служебныхъ обязанностей изъ корыстныхъ видовъ. Конечно, эта сложная система легко можетъ быть упрощена и самая ст. 374 будетъ тогда излишней, примѣромъ чего служатъ соотвѣтствующія постановленія уголов. уложенія.

Излишней, по мнѣнію редакціонной комиссіи, является и ст. 380 въ виду того, что предусматриваемыя въ ней дѣянія (неправосудіе, недонесеніе, бездѣйствіе власти) частью являются вполне самостоятельными и даже не имѣютъ ко взяточничеству отношенія непосредственной близости; другая же часть дѣяній можетъ быть замѣнена общими правилами о соучастіи ²⁾.

Таково содержаніе гл. VI разд. V улож. о нак. «о мздоимствѣ и лихоимствѣ», но улож. о нак. содержитъ еще значительное число особенныхъ постановленій по данному предмету не только въ V раздѣлѣ, но и въ другихъ своихъ раздѣлахъ. Эти постановленія, при ближайшемъ разсмотрѣніи ихъ, оказываются въ большинствѣ случаевъ, излишними, такъ какъ они заключаютъ въ себѣ не указаніе на какіе либо новые виды мздоимства,

¹⁾ По разъясненію Сената для примѣненія этой статьи необходимо: 1) учиненіе или допущеніе должностнымъ лицомъ чего либо противнаго обязанностямъ службы и 2) изъ корыстныхъ или иныхъ видовъ (74/707).

²⁾ Объясн. Зак., т. VIII, стр. 489—490.

лихоимства и вымогательства, не подходящіе подъ дѣйствіе ст. 372 и слѣд., а повтореніе тѣхъ же дѣяній, но въ примѣненіи къ нѣкоторымъ категоріямъ служащихъ.

Въ Объяснительной Запискѣ къ проекту уголовного уложенія ¹⁾ приводится перечень этихъ, по мнѣнію авторовъ проекта, излишнихъ постановленій и указываются основанія почему эти постановленія могутъ быть опущены. Въ большинствѣ случаевъ, съ помощью ссылочной санкціи, эти статьи отсылаютъ къ гл. VI раздѣла V улож. о нак. Нѣкоторыя изъ этихъ ссылокъ болѣе или менѣе правильны и точны; выпускъ такихъ статей можетъ быть сдѣланъ безъ ущерба, такъ какъ содержаніе ихъ всецѣло покрывается содержаніемъ постановленій о мздоимствѣ, лихоимствѣ и взяточничествѣ ²⁾. Но пристрастіе творцовъ уложенія о нак. къ ссылочной санкціи часто шло дальше, чѣмъ слѣдуетъ; они не только пользовались ею, но и злоупотребляли. въ результатъ чего видозмѣнялся смыслъ самаго постановленія и получалось значеніе болѣе узкое ³⁾.

¹⁾ Т. VIII, стр. 463—467.

²⁾ Ст. ст. 364, ч. 3; 436; 492, ч. 2; 493, ч. 3; 497, ч. 2; 805, ч. 2; 807, ч. 3; 808, ч. 2; 810, ч. 2; 811, ч. 2; 1069, ч. 3; 1071, ч. 2; 1289; 1291, ч. 3.

³⁾ Такъ напр. дѣянія, предусмотрѣнныя ст. 476, ч. 2; 478, ч. 2; 479, ч. 2; 546 приравняются улож. о нак. вымогательству (ст. 378), между тѣмъ они вполне мыслимы и безъ признаковъ, свойственныхъ этому дѣянію, и должны подходить тогда подъ понятіе лихоимства (ст. 373); дѣяніе, предусмотрѣнное ст. 428, приравняется лихоимству и вымогательству (ст. 373 и 378), ст. 905, ч. 2—лихоимству (ст. 373), ст. 946, ч. 3—также лихоимству (ст. 373), но возможно учиненіе этихъ дѣяній при наличности такихъ условий, когда примѣнимы статьи уложенія, говоряція о другихъ видахъ взяточничества. Дѣяніе, предусмотрѣнное ст. 477, ч. 2, приравняется мздоимству (ст. 372), между тѣмъ какъ оно ближе подходитъ подъ понятіе лихоимства (ст. 373). Однако, не со всѣми соображеніями редакціонной комиссіи можно согласиться; ст. 436, ч. 2 говоритъ о притѣсненіи землемѣрами владѣльцевъ земель и слѣд. данное дѣяніе подходитъ прежде всего подъ понятіе вымогательства (ст. 378), но отсюда вовсе не слѣдуетъ, какъ думаетъ редакціонная комиссія, что случаи мздоимства и лихоимства землемѣровъ могутъ остаться безнаказанными; къ нимъ должны быть примѣняемы гл. VI, ст. 372

Наконецъ, встрѣчаются въ улож. о нак. и такіе случаи, гдѣ ссылочная санкція отсутствуетъ, но дѣяніе по природѣ своей сходно съ однимъ изъ дѣяній, предусмотрѣнныхъ гл. VI раздѣла V улож. о нак., какъ напр. ст. 978, ч. 2, 979, ч. 2. Впрочемъ можно допустить, что оговаривая особо то или другое дѣяніе и устанавливая за него, путемъ ссылочной санкціи, отвѣтственность въ размѣрѣ большемъ или меньшемъ сравнительно съ той, которая угрожаетъ за дѣяніе, съ которымъ данное дѣяніе по существу наиболѣе сходно, законодатель хотѣлъ подчеркнуть большую или наоборотъ меньшую тяжесть этого дѣянія. Въ такомъ случаѣ соображенія редакціонной комиссіи по поводу нѣкоторыхъ статей теряютъ силу и отдѣльное существованіе этихъ статей въ кодексѣ приобрѣтаетъ разумное основаніе.

Въ качествѣ возможныхъ виновниковъ всѣхъ перечисленныхъ преступленій законъ называетъ: чиновника или иное лицо, состоящее на службѣ государственной или общественной (ст. 372), должностныхъ лицъ волостного и сельскаго управленія (напр. лѣсныхъ сторожей общественныхъ крестьянскихъ дачъ, 97/22), а также писарей и ихъ помощниковъ (ст. 369), начальниковъ лицъ, уличенныхъ въ лихоимствѣ, судей, рассматривающихъ дѣла о лихоимствѣ (ст. 380) ¹⁾. Ст. 1154 распространяетъ

и слѣд. Едва ли также правильно подводить дѣяніе врача или акушерки, предусмотрѣнное ст. 876, подъ тотъ или другой видъ взяточничества; обособленіе этого дѣянія отъ прочихъ видовъ лихоимства представляется поэтому вполнѣ понятнымъ. — Остальныя статьи, подлежащія, по мнѣнію редакціонной комиссіи, исключенію, какъ то 544, ч. 2; 545, ч. 2; 1080, 1089, 1305, 1317 относятся къ лихоимству въ соб. смыслѣ.

¹⁾ Для примѣненія къ извѣстному дѣянію понятія лихоимства прежде всего необходимо, чтобы это дѣяніе было совершено должностнымъ лицомъ... (к. р. 96/86). Но въ нѣкоторыхъ своихъ рѣшеніяхъ (69/274, 70/314) Сенатъ смѣшивалъ понятіе дѣянія уголовно-наказуемаго и дѣянія безнравственнаго или безчестнаго и потому допускалъ примѣненіе понятія лихоимства къ частнымъ лицамъ или вообще лицамъ, не состоящимъ на службѣ государствен-

отвѣтственность за взяточничество на должностныхъ лицъ общественныхъ и частныхъ банковъ. По закону 31 янв. 1916 г. постановленія о взяточничествѣ (ст. 372—381¹⁾) примѣняются и къ лицамъ, служащимъ на частныхъ желѣзныхъ дорогахъ, хотя-бы сіи лица и не пользовались правами государственной службы, если означенныя въ ст. 372—381¹ преступныя дѣянія учинены во время войны при исполненіи обязанностей по желѣзно-дорожной службѣ. Кромѣ того, по новому закону, возможными виновниками взяточничества являются члены сословнаго или общественаго собранія, внесенные въ списокъ на опредѣленную сессию суда, а равно вошедшіе въ составъ комплекта присяжные засѣдатели (ст. 272³). Но затѣмъ кругъ возможныхъ участниковъ во взяточничествѣ значительно шире круга непосредственныхъ виновниковъ, хотя не всѣ участники признаются отвѣтственными; такъ согласно 2 ч. 372 ст. наказуемое принятіе подарковъ и взятокъ можетъ имѣть мѣсто чрезъ посредство другихъ лицъ; если эти посредники являются точно также должностными лицами, какъ и самъ лихоимецъ, то они подлежатъ отвѣтственности на основаніи ст. 380; если же въ качествѣ таковыхъ посредниковъ выступаютъ дѣти, жена, родственники, домашніе или иныя лица (но не должностныя), то вся тяжесть отвѣтственности падаетъ только на самого взяточника.

Иного взгляда держится Сенатъ. Разсужденія Сената настолько интересны, что мы позволимъ воспроизвести ихъ полностью: «Принадлежность лихоимства и мздоимства къ специально-должностнымъ преступленіямъ еще не исключаетъ сама по себѣ возможности наказуемаго участія въ сихъ преступле-

ной или общественной. Сенатъ допускалъ это; чтобы подвести подъ понятіе клеветы наименованіе человѣка взяточникомъ.

ніяхъ частныхъ лицъ. Уложеніе о наказаніяхъ нерѣдко признаетъ наказуемымъ соучастіе частныхъ лицъ и въ специальныхъ преступленіяхъ, опредѣляя за это отвѣтственность въ особыхъ законоположеніяхъ; такъ напр. за подговоръ военныхъ чиновъ къ побѣгу и предоставленіе къ тому средствъ, частныя лица подвергаются отвѣтственности по ст. 531 Улож. о нак.; въ разд. V улож. о нак., специально предусматривающемъ преступленія и проступки по службѣ государственной и общественной, помѣщены ст. 381 и 382, опредѣляющія отвѣтственность частныхъ лицъ за квалифицированное лихоимство. Точно также, судя по источникамъ происхожденія 380 ст. и по ея изложенію, не остается сомнѣнія, что подъ «содѣйствовавшими» лихоимству и мздоимству должно понимать не только должностныхъ, но и частныхъ лицъ. Въ Сводѣ Законовъ уголовныхъ 1842 г. въ 347 ст. наравнѣ съ судьями и начальниками значились, какъ соучастники въ лихоимствѣ: «тѣ, которые въ учиненіи незаконныхъ поборовъ и повинностей и принятіи взятокъ имъ помогали», «приниматели подарковъ вмѣсто другого» и тѣ, «которые о томъ вѣдали, но неизвѣстили, хотя бы то были подчиненные или собственные люди учинившихъ лихоимство». При изданіи улож. о нак. 1845 г. въ гл. VI «о мздоимствѣ и лихоимствѣ» были помѣщены сначала постановленія о мздоимствѣ и лихоимствѣ должностныхъ лицъ (ст. 401—406), затѣмъ три статьи объ отвѣтственности соучастниковъ этихъ преступныхъ дѣяній, какъ служащихъ, такъ и неслужащихъ (ст. 408, 409, 410), а потомъ ст. 411, 412, 413 о наказуемости лиходателей. При изданіи улож. о нак. въ 1866 г. на основаніи Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта 27 декабря 1865 г., были исключены постановленія о лиходателяхъ (ст. 411 и 412), главнымъ образомъ, въ томъ соображеніи, «что такая

отвѣтственность имѣетъ послѣдствіемъ невозможность изобличать самихъ взяточниковъ», но статьи объ отвѣтственности содѣйствовавшимъ взяточникамъ, а въ томъ числѣ и ст. 409 (нынѣ 380) остались безъ измѣненія. Такимъ образомъ, отмѣна наказуемости простого лихоимства никакого вліянія на объемъ и условія примѣненія ст. 380 имѣть не можетъ... Правительствующій Сенатъ какъ въ порядкѣ кассационномъ (рѣш. 82/14), такъ и по дѣламъ, рассмотрѣннымъ въ порядкѣ апелляціонномъ (1886 г. по дѣлу Бѣлгорайскаго уѣзднаго по воинской повинности присутствія; 1896 г. по дѣлу Чайковского), подводилъ подъ дѣйствіе ст. 380, согласно ея тексту, говорящему объ отвѣтственности всякихъ лицъ, содѣйствовавшихъ мздоимству и лихоимству, безъ специального ограничительнаго указанія на лицъ должностныхъ и лицъ частныхъ, содѣйствовавшихъ взяточничеству» (1902/19 по д. Клемборта и друг.).

Такое толкованіе ст. 380 не можетъ быть признано правильнымъ. К. р. 1902/19, какъ и приводимое ниже рѣшеніе Общ. Собранія кас. деп. 1912/2, стремятся по возможности расширить рамки наказуемаго взяточничества и въ частности привлечь къ отвѣтственности, хотя бы нѣкоторыя категоріи лиходателей¹⁾.

Толкованіе это идетъ въ разрѣзъ съ установившейся твердо практикой по вопросу объ участіи частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ. Оно было бы возможно при наказуемости лихоимства: отмѣна наказуемости этого послѣдняго должна была неизбѣжно повлечь за собою отмѣну наказуемости и посредниковъ, если въ качествѣ таковыхъ выступаютъ частныя лица; въ противномъ случаѣ лиходатели—иниціаторы подкупа оста-

¹⁾ Срав. ниже разъясненіе ст. 660 угол. улож., аналогичной ст. 380 улож. о нак.

ются безнаказанными, а их помощники, посредники объявляются наказуемыми; слѣдовательно лицо, вручившее чиновнику взятку отъ себя лично, ненаказуемо, а передавшее ту же взятку за счетъ другого подлежитъ отвѣтственности по ст. 380. Ссылка на постановленія Свода зак. неубѣдительна, ибо въ Св. зак. взяточничество и лиходательство разсматривались вообще, какъ дѣяніе единое ¹⁾. Далѣе ст.ст. 381 и 382 не могутъ быть разсматриваемы, какъ квалифицированные случаи лиходательства уже потому, что въ уложеніи до зак. 31 янв. 1916 г. не было простого случая лиходательства. Наконецъ, оставленіе безъ измѣненія текста ст. 380 послѣ отмѣны наказуемости лиходательства можетъ быть объяснено тѣмъ, что ограничительное толкованіе ея не противорѣчитъ ея буквальному смыслу, говорящему о судьяхъ, о начальникахъ, о содѣйствовавшихъ... черезъ участіе въ притѣсненіяхъ или угрозахъ, употребляемыхъ для вымогательства, слѣд. также о лицахъ, занимающихъ должностное положеніе. Не можетъ быть признана убѣдительною и ссылка Сената на ст. 531, ибо здѣсь, какъ признаетъ и самъ Сенатъ, «подговоръ военныхъ чиновъ къ побѣгу или иному уклоненію отъ обязанностей по службѣ» выдѣленъ въ самостоятельное дѣяніе и слѣд. объ участіи частнаго лица въ должностномъ преступленіи въ этой статьѣ ничего не говорится ²⁾.

Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію, лица не должностныя могутъ быть виновными лишь въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ ст.ст. 381 и 382, но объ эти статьи

¹⁾ См. выше, стр. 427.

²⁾ Правильность нашего толкованія подтверждается и включеніемъ въ зак. 31 янв. 1916 г. ст. 272^а о наказуемости наравнѣ съ лиходателями корыстнаго посредничества при лиходательствѣ; она была-бы лишней, если-бы ст. 380 предусматривала посредничество частнаго лица; при толкованіи Сената придется признать, что не корыстное посредничество частнаго лица карается по ст. 380, а корыстное по ст. 272^а.

говорятъ не объ должностныхъ преступленіяхъ, а объ общихъ преступныхъ дѣяніяхъ, связанныхъ со взяточничествомъ внѣшнимъ случайнымъ образомъ: въ первомъ случаѣ (ст. 381) посредникъ присваиваетъ деньги или вещи, имѣющія назначеніе служить взяткой ¹⁾, а во второмъ (ст. 382) говорилось объ отвѣтственности подстрекателя-лиходателя къ опредѣленнымъ преступнымъ дѣяніямъ, указаннымъ въ законѣ (к. р. 71/570) ²⁾.

Такимъ образомъ, кругъ возможныхъ виновниковъ взяточничества ограничивается только должностными лицами, изъ которыхъ законъ опредѣленно называетъ лишь лицъ волостного и сельскаго управленія, да судей, а остальныхъ именуется общимъ терминомъ; но хотя законъ и говоритъ только о чиновникахъ или лицахъ, состоящихъ на службѣ государственной и общественной, но подъ эту категорію слѣдуетъ подводить и всѣхъ тѣхъ, кого законъ и судебная практика къ нимъ приравниваетъ (ср. к. р. 70/314, 71/812).

Дѣятельность виновниковъ съ внѣшней стороны опредѣляется въ законѣ какъ принятіе подарка, состоящаго въ деньгахъ, вещахъ или чемъ либо иномъ; какъ невозвращеніе подарка, полученнаго безъ предварительнаго соглашенія; какъ выраженіе желанія или со-

¹⁾ По взгляду Сената, въ составъ преступленія, предусмотрѣннаго ст. 381, обманъ входитъ не какъ средство для полученія денегъ или вещей, будто бы для передачи этихъ денегъ въ видѣ взятки должностному лицу, а какъ средство для присвоенія внѣреннихъ на сей предметъ вещей или денегъ; по сему подсудимый, признанный виновнымъ въ томъ, что подъ вымышленнымъ предлогомъ необходимости въ деньгахъ для ходатайства у судебного слѣдователя по дѣлу потерпѣвшаго, выманилъ у послѣдняго деньги и притомъ въ количествѣ менѣе 300 руб., наказывается по 2 ч. ст. 174, а не по 381 ст. (к. р. 75/422). Но слова закона: „будто бы для передачи ихъ другому“ говорятъ скорѣе въ пользу болѣе широкаго пониманія данной статьи.

²⁾ Одно предложеніе взятки, несопровождавшееся обстоятельствами, указанными въ ст. 382, ненаказуемо (к. р. 71/1526).

гласія получить взятку; какъ притѣсненіе или угроза притѣсненіемъ съ цѣлью приобрѣтенія прибыли или иной выгоды; какъ требованіе подарковъ или же неустановленной закономъ платы, ссуды, какихъ либо услугъ, прибылей или иныхъ выгодъ; какъ неустановленные закономъ или въ излишнемъ противъ опредѣленнаго поборы; какъ незаконные наряды обывателей на свою или чью либо работу. Впрочемъ двѣ послѣднія формы дѣятельности уже выходятъ изъ рамокъ взяточничества въ его трехъ видахъ.

Изъ этого перечня способовъ дѣятельности видно, что она можетъ быть лишена всякаго элемента принужденія, выливаясь въ форму простого пожеланія или изъясненія согласія на принятіе подарка, или же, наоборотъ, можетъ принимать болѣе принудительную форму, начиная съ притѣсненія и кончая насиліемъ и истязаніемъ. Принудительная форма воздѣйствія свойственна вымогательству¹⁾. Подъ «требованіемъ» п. 2 ст. 377 улож. о нак. разумѣется лишь такое воздѣйствіе со стороны вымогателя на волю вымогаемаго, которое, по своему характеру и сопровождавшимъ его обстоятельствамъ могло побудить притѣсняемаго къ выдачѣ имущества изъ опасенія или страха за свое личное или имущественное благосостояніе, такъ какъ требованіе, неимѣющее такого свойства, представляется равносильнымъ изъясненію желанія, о которомъ говорится во 2-мъ пунктѣ ст. 376. Вообще при вымогательствѣ ни о какой добровольной сдѣлкѣ между дающимъ и принимающимъ рѣчи быть не можетъ, такъ какъ существенный признакъ вымогатель-

¹⁾ Между прочимъ Сенатъ призналъ, что выраженіе „взималъ“, употребленное въ вопросѣ присяжнымъ засѣдателямъ для опредѣленія преступнаго дѣянія подсудимаго, по своей неопредѣленности вовсе не выражаетъ собою понятія о вымогательствѣ т. е. о такомъ дѣяніи, которое состоитъ въ требованіи денегъ или подарка за какое либо дѣйствіе по службѣ (74/354). См. также 75/496.

ства составляетъ физическое и нравственное насиліе для принужденія даннаго лица къ передачѣ имущества т. е. насильственное нарушеніе имущественныхъ правъ даннаго лица (О. С. 89/4), хотя съ внѣшней стороны оно можетъ быть облечено въ форму какой либо сдѣлки, напр. ссуды (75/208). Для состава вымогательства необходимо, чтобы принужденіе было направлено противъ того лица, съ котораго имѣется въ виду получить деньги или иное вознагражденіе¹⁾.

Общимъ признакомъ, характернымъ для всѣхъ указанныхъ приемовъ дѣятельности взяточника и вмѣстѣ съ тѣмъ существеннымъ условіемъ состава взяточничества, является учиненіе ихъ «по дѣлу или дѣйствію, касающемуся до обязанностей по службѣ» виновнаго т. е. принятіе взятки за учиненіе дѣйствія, входящаго въ кругъ вѣдомства виновнаго, за учиненіе такого дѣйствія, которое должностное лицо обязано было выполнить безмездно по долгу лежащей на немъ обязанности (69/274, 79/314, 82/38, 89/36, 90/30, 96/36; О. С. 89/4). Но, по мнѣнію Сената, законъ (ст. 372) не дѣлаетъ никакого различія въ томъ, имѣетъ ли должностное лицо право своей собственной властью совершить то дѣйствіе, за которое полученъ подарокъ или должно испросить на то разрѣшеніе своего начальства (приговоръ по д. Франка 1872 г. 16 марта) и имѣлъ ли обвиняемый непосредственное вліяніе на разрѣшеніе того дѣла, по которому онъ получилъ подарокъ, или не имѣлъ? (к. р. 72/1554)²⁾.

Вообще Сенатъ въ своихъ болѣе раннихъ рѣшеніяхъ

¹⁾ Поэтому принужденіе полицейскимъ чиновникомъ женщины къ вступленію въ публичный домъ, сопровождавшееся незаконнымъ задержаніемъ ея, съ цѣлью полученія отъ содержательницы публичнаго дома вознагражденія, Сенатъ призналъ только лихоимствомъ, предусмотрѣннымъ ст. ст. 374 и 378 улож. о нак. а не вымогательствомъ (74/83).

²⁾ Вопросъ о томъ, входитъ ли данное дѣйствіе въ кругъ обязанностей виновнаго разрѣшается судомъ, а не присяжными (к. р. 71/1622).

довольно широко толковалъ понятіе «дѣла или дѣйствія, касающагося до обязанностей службы», и признавалъ наличность взяточничества, хотя бы вознагражденіе было принято за дѣло или дѣйствіе, не входящее въ кругъ обязанностей подсудимаго (см. напр. к. р. 70/294, 72/1118), и только въ рѣшеніи 82/38 всталъ на болѣе узкую и болѣе правильную точку зрѣнія: «для состава преступленія, предусмотрѣннаго ст. 372 и 373 улож. существеннымъ признакомъ является отношеніе, въ которомъ должностное лицо, получившее въ даръ деньги или иное имущество, находится къ самому служебному дѣйствію, за совершеніе котораго оно получило такой даръ, или къ присутственному мѣсту, гдѣ таковое должно быть совершено». Но въ одномъ изъ позднѣйшихъ рѣшеній Сенатъ снова возвращается къ болѣе широкому пониманію «дѣла или дѣйствія, касающагося до обязанностей по службѣ» ¹⁾. Составъ лихоимства или мздоимства, говоритъ онъ, имѣетъ мѣсто, когда приняты въ даръ деньги или вещи отъ кого бы то ни было и подъ какимъ бы то ни было предлогомъ или видомъ, не только за извѣстное, определенное, касающееся службы его дѣйствіе, которое оно должно совершить безмездно, но и вообще по дѣлу, производящемуся въ томъ учрежденіи, гдѣ оно служитъ, и относящемуся въ большей или меньшей степени непосредственно къ его прямымъ обязанностямъ (О. С. 1912/2).

При отсутствіи этого существеннаго признака («дѣло или дѣйствіе, касающееся его должности или службы») дѣяніе должностнаго лица, состоящее въ принятіи подарковъ или платы за ту или иную оказанную кому либо услугу, до службы или должности не относящуюся, получаетъ иной характеръ, и если само по себѣ не имѣетъ признаковъ уголовно-наказуемаго дѣянія, то съ точки

¹⁾ Также въ к. р. 89/36; О. С. 89/4.

зрѣнія уголовного закона становится безразличнымъ (к. р. 96/36). Такимъ образомъ, только одно обстоятельство, что принявшій даръ состоитъ на государственной службѣ, само по себѣ, при отсутствіи указаннаго выше условія не имѣетъ еще никакого значенія (к. р. 82/38). Принятіе денегъ или подарка за обѣщанное совершеніе такихъ дѣйствій, которыя не входили въ кругъ служебной дѣятельности обвиняемаго, составляетъ, по мнѣнію Сената, одинъ изъ видовъ мошенничества (к. р. 68/711), но, очевидно, при томъ условіи, если имѣлъ мѣсто обманъ ¹⁾; при отсутствіи обмана дѣяніе должно быть признано ненаказуемымъ, если, конечно, оно не подойдетъ подъ составъ какого либо другого уголовно-наказуемаго дѣянія (к. р. 67/448; 95/36) ²⁾.

При мздоимствѣ т. е. взяточничествѣ, несоединенномъ съ нарушеніемъ служебныхъ обязанностей, законъ проводитъ различіе до учиненія дѣйствія или послѣ него была принята взятка; лихоимство же т. е. взяточничество, соединенное съ нарушеніемъ обязанностей службы, такого различія не дѣлаетъ и оно карается одинаково, какъ тогда, когда даръ являлся вознагражденіемъ за учиненное нарушеніе служебныхъ обязанностей, такъ и тогда, когда даръ имѣлъ назначеніе только побудить къ нарушенію служебныхъ обязанностей. Вымогательство всегда имѣетъ въ виду вынужденное доставленіе дара,

¹⁾ Имѣются, однако, рѣшенія противоположныя, въ которыхъ Сенатъ въ такихъ случаяхъ признавалъ составъ лихоимства (к. р. 76/128, 77/2).

²⁾ Законъ, говоритъ Сенатъ (к. р. 82/38), не воспрещаетъ чиновнику писать просьбы или другія бумаги или, что тоже, принимать на себя ходатайство по дѣламъ, производящимся не въ тѣхъ присутственныхъ мѣстахъ, при которыхъ они состоятъ (прим. къ 372 ст. улож. и 6 п. 529 ст. III т. Св. зак.). Поэтому, чиновникъ полицейскаго управленія за написаніе прошенія и даже веденіе дѣла, производящагося въ воинскомъ присутствіи, не можетъ подлежать ответственности ни по 372, ни по 373 ст. улож. о нак.

независимо отъ учиненія или неучиненія служебнаго дѣйствія.

Предметомъ подарка (ст. 372), дара (ст. 373) или взятки (ст. 373, 375, 376), прибыли, выгоды (ст. 377) могутъ быть деньги, вещи или «что либо иное», но имѣющее, очевидно, матеріальную цѣнность, такъ какъ взяточничество дѣяніе корыстное, учиняемое по побужденіямъ корыстнымъ ¹⁾.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, и такихъ большинство, дары, взятки, подарки имѣютъ непосредственную цѣнность, въ другихъ, когда этотъ даръ заключается въ предоставленіи какой либо выгоды, она можетъ быть переведена на деньги. Иногда взятка можетъ быть облечена въ форму какой либо мнимо законной и благовидной сдѣлки; судебная практика и жизнь свидѣтельствуютъ о крайнемъ разнообразіи и изобрѣтательности въ этомъ отношеніи, какъ со стороны дающихъ, такъ и со стороны принимающихъ. Изъ примитивной формы приношеній натурой и живностью, взятка въ настоящее время выросла въ технически усовершенствованное взиманіе коммисіонныхъ процентовъ. Самый размѣръ полученнаго дара не имѣетъ значенія для состава дѣянія, оно можетъ вліять лишь на степень наказанія.

Со стороны внутренней всѣ виды взяточничества являются умысленными. Виновный долженъ сознавать, что онъ принимаетъ или вымогаетъ даръ за выполненіе

¹⁾ См. к. р. 71/892: „изъ содержанія 377 и 380 ст. улож. о нак. видно, что вымогательствомъ вообще законы наши считаютъ всякія дѣлаемые должностнымъ лицамъ кому либо съ цѣлью полученія отъ него незаконныхъ денежныхъ или иныхъ матеріальныхъ выгодъ притѣсненія или угрозы или предъявляемыя требованія. Отклоненіе отъ этого положенія имѣетъ мѣсто въ ст. 374, гдѣ виновный можетъ дѣйствовать не только „для доставленія другому незаконной прибыли“, но и „изъ иныхъ противозаконныхъ видовъ“. Понятіе „противозаконныхъ видовъ“, конечно, далеко уходитъ за предѣлы имущественной выгоды. См. Неклюдовъ, ук. ст. стр. 527 и сл.

или нарушеніе своихъ обязанностей по службѣ, что между даромъ и служебнымъ дѣйствіемъ существуетъ причинная связь.

Конструкція взяточничества въ улож. о нак. не допускаетъ покушенія, за исключеніемъ вымогательства, такъ какъ уже одно изъявленіе желанія получить подарокъ или согласіе на принятіе подарка достаточны для окончанія дѣянія (ст. 376). Напротивъ, при вымогательствѣ покушеніе всегда возможно и имѣетъ мѣсто, когда вымогательная дѣятельность не сопровождается желаемымъ для вымогателя результатомъ. Только по переходѣ вымогаемаго имущества, денегъ или обязательствъ на имущество въ обладаніе вымогателя вымогательство можетъ быть признано оконченнымъ (о. с. 89/4).

Отвѣтственность взяточниковъ весьма разнообразна: низшій видъ взяточничества до зак. 31 янв. 1916 г. влекъ за собою денежное взысканіе не свыше двойной цѣны подарка (ст. 372); согласно этому закону, если подарокъ принятъ или полученъ уже послѣ исполненія того, за что онъ былъ предназначенъ, принявшій его подвергается: отрѣшенію отъ должности и заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 4—8 мѣс.; когда жъ онъ принятъ или полученъ прежде, то исключенію изъ службы и заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 8 мѣс. до 1 года и 4 мѣс. Сверхъ этихъ наказаній виновный подвергается денежному взысканію въ размѣрѣ двойной цѣны подарка, а если стоимость послѣдняго не можетъ быть опредѣлена, то денежному взысканію не свыше 2000 руб. (ст. 372); высшій видъ взяточничества влечетъ каторжныя работы на срокъ отъ 6—8 лѣтъ (2 ч. ст. 378). Въ этихъ предѣлахъ вращается отвѣтственность главныхъ виновниковъ взяточничества. Если подъ вліяніемъ взятки виновный учинитъ какое либо преступное дѣяніе, караемое строже, чѣмъ установленная за данный случай взяточничества, то въ

такомъ случаѣ отвѣтственность опредѣляется по правиламъ о совокупности (ст. 375). Отвѣтственность соучастниковъ и лицъ прикосновенныхъ (попустителей—начальниковъ и укрывателей—судей) опредѣляется по правиламъ объ отвѣтственности соучастниковъ (ст. 119); кромѣ того устанавливается специально отвѣтственность за недонесеніе (2 ч. ст. 380).

Выраженіе, употребленное въ ст. 380 о меньшей степени наказанія соучастниковъ, по толкованію Сената, не можетъ быть понимаемо буквально, ибо въ статьѣ сказано, «содѣйствовавшіе мздоимству или лихоимству подвергаются одинаковому съ ними (т. е. изобличенными въ мздоимствѣ и лихоимствѣ должностными лицами), хотя и въ меньшей степени наказаніямъ, какъ сообщники въ ихъ преступленіяхъ, на основаніи постановленій ст. 119 сего улож.», а въ ст. 119 улож. говорится, что «сообщники», «по мѣрѣ содѣйствія», «подлежатъ наказанію за преступленіе закономъ положенному», и обязательное смягченіе на одну степень допускается только въ точно ст. 119 установленныхъ случаяхъ. Употребленное въ ст. 380 выраженіе, конечно, не можетъ означать и того, чтобы судъ при назначеніи мѣры отвѣтственности взяточникамъ и лицамъ, имъ содѣйствовавшимъ, во всякомъ случаѣ, безотносительно ко всѣмъ прочимъ сопровождавшимъ ихъ дѣятельность обстоятельствамъ, назначалъ соучастникамъ меньшую мѣру. Несомнѣнно, что при примѣненіи ст. 380, судъ не только можетъ, но и обязанъ принять во вниманіе всѣ указанныя въ уложеніи основанія для опредѣленія мѣры виновности и отвѣтственности каждаго подсудимаго, а въ частности напр. и правила о возвышеніи наказанія по совокупности (ст. 152 по прод. 1902 г.), а посему можетъ назначить и соучастнику высшую мѣру слѣдующаго по закону наказанія, если къ тому представятся основанія» (902/19).

Г. Эстринъ, допустившій вслѣдъ за Сенатомъ примѣненіе ст. 380 къ частнымъ лицамъ (902/19), вмѣстѣ съ тѣмъ полагаетъ, что ссылка на ст. 119 и 126 не исключаетъ возможности примѣненія и иныхъ статей рубрики «о наказаніи по мѣрѣ участія въ преступленіи», въ частности ст. 121 и 124, говорящихъ о пособникахъ и укрывателяхъ, такъ какъ ст. 380 относится одновременно ко взяточничеству и вымогательству, «къ послѣднему же не только можно, но и должно подходить во всеоружіи всѣхъ статей объ участіи», если же допустить тутъ распространительное толкованіе, то нельзя уклониться отъ него и въ первомъ случаѣ, такъ какъ законъ «о сихъ безпорядкахъ» говорить, нисколько ихъ не раздѣляя¹⁾. Намъ думается, что въ данномъ случаѣ, слѣдуетъ различать два вопроса: объ отвѣтственности виновниковъ за дѣянія, перечисленные въ ст. 380, и другой вопросъ о возможности участія не во взяточничествѣ, а въ посредническихъ дѣйствіяхъ, сопутствующихъ взяточничеству, предусмотрѣнныхъ ст. 380. Первый вопросъ рѣшается опредѣленной ссылкой на ст. 119 и 126: виновники описанныхъ посредническихъ дѣйствій караются какъ сообщники (ст. 119), недоносители-же—по правиламъ объ отвѣтственности за недонесеніе; второй же вопросъ—о соучастіи въ посредничествѣ можетъ быть рѣшенъ въ положительномъ смыслѣ, ибо здѣсь посредничество разсматривается, какъ *delictum sui generis*; можетъ возникнуть только вопросъ, насколько съ точки зрѣнія уголовной политики будетъ цѣлесообразно объявлять преступной и наказуемой такую дѣятельность²⁾.

Ст. 381 о присвоеніи взятки содержитъ ссылку на ст. 372 и 373. Дѣяніе, ст. 381 предусмотрѣнное, является

1) Эстринъ, ук. соч. стр. 184—185.

2) Объясн. Зап. къ проекту уголов. улож. отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно.—См. т. VIII. стр. 523.

присвоением или обманом; если ст. 373 по своей санкции представляется болѣе или менѣе подходящей, то едва ли это можно было сказать о ст. 372, каравшей мздоимство, до зак. 31 янв. 1916 г., только денежнымъ штрафомъ. Можно рекомендовать примѣненіе денежныхъ взысканій за мошенничество и присвоение и вообще за корыстные посягательства, но мыслимо ли ограничиваться денежными взысканіями, когда данныя дѣянія учинены должностными лицами?

Полученныя взяточникомъ деньги или иной какой либо подарокъ отсылаются въ приказъ общественнаго призрѣнія или замѣняющее оный учрежденіе; хотя правило это содержится только въ ст. 373 и 378, но нужно думать, что оно имѣетъ болѣе общее значеніе. Мѣра эта имѣетъ значеніе дополнительнаго наказанія, а отнюдь не вознагражденія за вредъ и убытки, поэтому она должна быть налагаема судомъ, помимо какихъ либо требованій со стороны казеннаго вѣдомства, заинтересованнаго въ поступленіи подлежащихъ отобранію отъ виновнаго денегъ или вещей (к. р. 98/14). Отобраны могутъ быть только тѣ самыя вещи, которыя были даны въ даръ виновному, а отнюдь не равноцѣнные предметы; но если подарокъ или взятка заключались въ деньгахъ, то въ доходъ приказа общественнаго призрѣнія или замѣняющаго оный учрежденія взыскивается равная полученной взяткѣ сумма (к. р. 98/14).

Таковы постановленія улож. о нак. о наказуемости взяточничества. Объемъ наказуемаго взяточничества здѣсь значительно расширился сравнительно съ предшествующимъ законодательствомъ; и онъ опредѣляется здѣсь по системѣ германской, тогда какъ предшествующее законодательство было ближе къ системѣ французской. Отличительной особенностью дѣйствующаго русскаго права являлось признаніе до зак. 31 янв. 1916 г. лиходатель-

ства дѣяніемъ ненаказуемымъ, вслѣдствіе чего устранялся вопросъ о взаимоотношеніяхъ взяточничества и лиходательства и наглядно доказывалась возможность совершеннаго обособленія этихъ двухъ дѣяній.

Уложеніе 1845 г., въ противоположность предшествовавшему законодательству, объединявшему взяточничество и лиходательство, устанавливало крайне подробную систему наказуемости лиходательства; оно различало слѣдующіе виды лиходательства въ порядкѣ ихъ тяжести:

- 1) подарки, вынужденные усиленными требованіями, угрозами и вообще вымогательствомъ;
- 2) подарки за такое дѣйствіе, которое вообще не было противно законамъ;
- 3) подарки за поступокъ, не согласный съ порядкомъ службы;
- 4) подарки для побужденія къ проступку противозаконному и
- 5) покушеніе на обольщеніе чиновника честнаго предложеніемъ взятокъ или инымъ обѣщаніемъ.

Вся эта сложная система постановленій была отмѣнена при согласованіи Уложенія 1845 г. съ Уставомъ о нак. по соображеніямъ, главнымъ образомъ, практическаго характера: «ввести въ Уставъ о нак. и такимъ образомъ освятить вновь правила, не только не имѣющія у насъ никакого практическаго значенія, но въ сущности даже вредныя, ибо опредѣленіе въ законѣ отвѣтственности для лиходателей имѣетъ своимъ послѣдствіемъ невозможность изобличенія самихъ взяточниковъ»¹⁾.

Вслѣдствіе такой отмѣны, въ дѣйствующемъ правѣ до закона 31 янв. 1916 г. оставались только двѣ

¹⁾ См. Суд. Уст. 20 ноября 1864 г. съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны, въ изд. Госуд. Кацел. 1867 г., ч. 4, прил. V, стр. 183—184.

статьи, упоминающія лиходеятельство: ст. 382 — предусматривающая лиходеятельство съ цѣлью склоненія должностного лица къ учиненію подлога или сокрытію или истребленію бумагъ, и ст. 926 — говорящая о наказуемости основателей и начальниковъ шаекъ или сообществъ... для подкупа чиновниковъ или служителей какой-либо части управленія. Тѣсно ограниченныя рамки дѣянія, предусмотрѣннаго ст. 382 ¹⁾, размѣръ отвѣтственности, опредѣляемый, какъ «высшая мѣра наказанія за подлоги или похищенія сего рода въ ст. 362 и 364 сего уложенія», формулировка даннаго дѣянія, какъ «склоненіе состоящихъ на службѣ государственной и общественной похитить»... — все это указываетъ, что законодатель желалъ разсматривать лиходеятелей скорѣе, какъ соучастниковъ должностного преступленія — подлога и похищенія бумагъ. «Лиходеятель, побудившій къ сему преступленію, — читаемъ въ объяснительной запискѣ къ проекту, — есть, безъ сомнѣнія, въ нѣкоторомъ смыслѣ участникъ въ ономъ и посему долженъ подлежать наказанію по мѣрѣ купленнаго, такъ сказать нарушенія закона» ²⁾.

Наказуемость основателей и начальниковъ шаекъ, составившихся для подкупа, очевидно, имѣетъ въ виду борьбу не съ лиходеятельствомъ въ собственномъ смыслѣ, а съ признаваемыми опасными для государства и общества шайками; въ противномъ случаѣ пришлось бы признать наказуемымъ приготовительную дѣятельность къ дѣянію ненаказуемому; такъ что, если бы нѣсколько члвкъ, внѣ условій образованія шайки, согласились дать

¹⁾ См. кас. рѣш. 71/670 по д. Нѣмчинова: „Лиходеятельство по смыслу 382 ст. улож. наказуемо лишь тогда, когда лиходеятель склонить долж. лицо къ совершенію одного изъ дѣйствій, положительно указанныхъ въ этой ст. закона; одно только предложеніе взятки ненаказуемо“. Также к. р. 93/25.

²⁾ См. Проектъ улож. о нак. изд. 1871 г., стр. 144.

взятку тому или другому лицу, то, конечно, это единичное рѣшеніе ихъ не могло бы служить основаніемъ для примѣненія къ нимъ ст. 926 ¹⁾.

III. О взяточничествѣ и лиходеятельствѣ въ уголовномъ уложеніи 1903 г.

Уголовное уложеніе не только измѣнило терминологию нашего законодательства; не только внесло въ него извѣстный порядокъ и обработку внѣшняго характера, но и отступило отъ нѣкоторыхъ началъ. свойственныхъ предшествовавшему законодательству. Наиболѣе существеннымъ отступленіемъ отъ старыхъ началъ является обособленіе понятія взяточничества отъ понятія лихоимства (ст. 664, 665). Обоснованію этого обособленія Объяснительная Записка удѣляетъ большое вниманіе, подробно останавливаясь на пунктахъ расхожденія этихъ двухъ понятій. «Оба эти дѣянія, говоритъ Объясн. Зап., составляютъ виды незаконнаго захвата имущества или преступнаго обогащенія при помощи злоупотребленія по службѣ, но разнствуютъ въ томъ, что лихоимство есть захватъ имущества подъ предлогомъ законности поступленія, а взяточничество составляетъ захватъ или пріобрѣтеніе имущества завѣдомо для обѣихъ сторонъ незаконнымъ». «Законоположеніями о взяточничествѣ преслѣдуется преступное обогащеніе посредствомъ нарушенія начала безмездности дѣятельности служащихъ по отношенію къ частнымъ лицамъ, составляющаго одно изъ существенныхъ условій государственной и общественной службы». «Законоположеніями о лихоимствѣ преслѣдуется преступное обогащеніе путемъ нарушенія служащими столь

¹⁾ Такое значеніе ст. 926 подтверждается и мѣстомъ ея въ системѣ Улож. о нак. — Разд. VIII, гл. III, отд. 1. Отсутствіе постановленій о наказуемости лиходеятельства заставляло на практикѣ подводить случаи предложенія взятки подъ понятіе оскорбленія должностного лица (ст. 286 улож.). См. Суд. Газ. 1895 г. № 10, Бѣляевъ — О лиходеятельствѣ.

существеннаго для охраны личности закона, въ силу коего никакіе налоги или сборы и повинности не могутъ быть налагаемы на гражданъ иначе, какъ въ установленномъ закономъ порядкѣ, и не могутъ быть взыскиваемы съ нихъ въ размѣрѣ, свыше установленнаго подлежащей властью, а установленныя натуральныя повинности могутъ быть требуемы и отбываемы лишь соотвѣтственно ихъ дѣйствительному назначенію». «При лихоимственномъ сборѣ виновное должностное лицо не принимаетъ никакой противозаконной мзды за свои служебныя дѣйствія, а прямо взымаетъ неустановленные поборы подѣ предлогомъ обращенія ихъ въ государственную или общественную кассу или подѣ предлогомъ слѣдующихъ ему по закону поступленій,—дѣяніе заключающее въ себѣ признаки корыстнаго превышенія власти». «Столь же отлична и дѣятельность лихоходателя и плательщика лихоимственнаго сбора. Лихоходатель или самъ подкупаетъ служащаго, или же даетъ ему мзду по его просьбѣ или требованію, завѣдомо о томъ, что онъ не обязанъ давать ее по закону и что никакое должностное лицо не можетъ взыскивать съ него взятку въ порядкѣ, установленномъ для взысканія налоговъ и сборовъ; плательщикъ же послѣднихъ вноситъ ихъ сборщику или подѣ вліяніемъ заблужденія на счетъ законности требованій сборщика, или же хотя и сознавая незаконность сбора, но вѣдая въ тоже самое время, что никакіе споры со сборщикамъ закономъ не допускаются, вслѣдствіе чего неуплаченный имъ добровольно сборъ будетъ взысканъ въ понудительномъ порядкѣ, обряды и послѣдствія котораго могутъ быть для плательщика тяжелѣе и разорительнѣе самаго неправильно требуемаго съ него налога» ¹⁾).

¹⁾ Объясн. Записки, т. VIII, ст. 470, прим.; 468—469. Срав. Неклюдовъ, ук. ст., стр. 508—510.

Такая постановка вопроса вызвала цѣлый рядъ возраженій, изъ которыхъ мы остановимся на возраженіяхъ, представленныхъ Петроградскимъ Юридическимъ Обществомъ, какъ наиболѣе полно и всесторонне освѣщающихъ предметъ. По мнѣнію общества: 1) усвоенная комиссіей постановка вопроса приводитъ составителей проекта къ расширенію понятія взяточничества и къ ограниченію понятія лихоимства;

2) положенный въ основаніе проекта принципъ безмездности служебныхъ дѣйствій можетъ обосновать наказуемость лишь мздоимства, ибо въ остальныхъ случаяхъ взяточничества, называемыхъ въ улож. о нак. лихоимствомъ, мзда получается отнюдь не за служебныя дѣйствія, а за нарушеніе обязанностей службы или за несправедливое незаконное примѣненіе своихъ служебныхъ дѣйствій; взяточникъ виновенъ не въ продажѣ своихъ служебныхъ дѣйствій, а въ продажѣ своего долга, своей совѣсти, своей присяги;

3) положенный въ основу проекта статей о взяточничествѣ принципъ находится въ логическомъ противорѣчій съ изложенными раньше соображеніями о характерѣ взяточничества и лихоимства, общій признакъ которыхъ составители проекта видятъ въ безмездномъ приобрѣтеніи служащими чужого имущества... Взяточника никоимъ образомъ нельзя считать безмезднымъ приобрѣтателемъ, онъ только не безмездный служащій;

4) если взяточничество и лихоимство образуютъ два вида безмезднаго приобрѣтенія служащимъ чужого имущества, то, очевидно, безмездность приобрѣтенія не можетъ составлять критерія для различенія ихъ между собою и его надо искать въ чемъ либо другомъ. Не можетъ служить такимъ признакомъ отличія и завѣдомость частнаго лица относительно незаконности дара, на что указываютъ составители проекта. Завѣдомость частнаго лица, знаніе

законовъ—случайное обстоятельство, не имѣющее никакого вліянія на оцѣнку дѣянія служащаго;

5) между тѣмъ именно благодаря усвоенію этого признака, составители проекта не различаютъ мздоимства и взяточничества (лихоимства по дѣйствующему улож.) и затѣмъ отъ взяточничества переходятъ прямо къ лихоимству... и выпускаютъ цѣлую категорію случаевъ несомнѣнно безмезднаго приобрѣтенія чужого имущества, именно вымогательство, частные виды котораго предусмѣрены п.п. 1 и 2 ст. 377 улож. о нак. Случаи «служебнаго вымогательства» должны быть предусмѣрены особо, такъ какъ ихъ нельзя подводить подъ понятіе общаго вымогательства, вслѣдствіе несоразмѣрности отвѣтственности—тяжести преступнаго дѣянія;

6) усвоенное составителями понятіе «вымогательство взятки» не объемлетъ случаевъ вымогательства служебнаго и, кромѣ того, само по себѣ является «*contradictio in adjecto*»; взяткой признается даръ или обѣщаніе дара; взяточничество—принятіе добровольно лихоимателемъ даримаго; такую взятку нельзя вымогать; если ее приходится вымогать, то, очевидно, она не даръ. Взяточничествомъ почитается полученіе имущественной выгоды за служебныя дѣйствія, правильныя или неправильныя; имѣется, такимъ образомъ, обмѣнъ услугъ. Понятіе вымогательства исключаетъ такой обмѣнъ; трудно себѣ представить вмѣняемаго служащаго, который угрозою притѣсненія вымогалъ-бы деньги за то, что онъ нарушитъ свои служебныя обязанности или за то, что онъ сдѣлаетъ по обязанностямъ службы;

7) въ противоположность предположеніямъ редакціонной комиссіи, Петроградское Юридическое Общество полагало, что различіе между взяточничествомъ и лихоимствомъ не въ способахъ приобрѣтенія, а въ средствахъ и поводахъ; съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ различать:

1) мздоимство, когда при совершенно правильномъ отправленіи службы извлекается корысть; 2) вымогательство, когда корысть (выгода) извлекается путемъ злоупотребленія службой, злоупотребленія властью, и 3) взяточничество въ соб. смыслѣ или лихоимство, когда выгода получается не вслѣдствіе злоупотребленія службою, а за учиненное злоупотребленіе; тутъ частное лицо предоставляетъ выгоду для того, чтобы служащій не поступалъ по закону, чтобы служащій нарушилъ долгъ службы, за это онъ и платитъ; при вымогательствѣ же частное лицо даетъ во избѣжаніе неправильныхъ дѣйствій—притѣсненія, понудительнаго взысканія и т. п. Подъ понятіе вымогательства, по мнѣнію Юридического Общества, подходятъ дѣянія, которыя составители проекта обозначили терминомъ лихоимства. «Изложенныя соображенія, по мнѣнію Юридического Общества, вызываютъ сомнѣніе въ томъ, надлежитъ ли измѣнять систему дѣйствующаго нынѣ уложенія о нак., состоящую въ тройственномъ дѣленіи полученія отъ частнаго лица корысти по службѣ. Оно является логичнымъ и по существу цѣлесообразнымъ»¹⁾.

Едва ли эта апологія системы дѣйствующаго уложенія можетъ быть признана убѣдительною. Прогрессъ законодательства заключается въ возможно точномъ разграниченіи близкихъ другъ къ другу понятій, а не въ смѣшеніи ихъ. Взяточничество и лихоимство, при всей кажущейся близости ихъ, дѣянія различныя, направленныя противъ разныхъ объектовъ, и редакціонная комиссія поступила совершенно правильно, разграничивъ ихъ, по примѣру западно-европейскаго законодательства. Принципъ безмездности служебныхъ дѣйствій дѣйствительно требуетъ наказуемости и мздоимства, но въ тоже время

¹⁾ Объясн. Зак. VIII, 471—475 прим.

онъ лежитъ въ основѣ наказуемости и другихъ видовъ взяточничества. Вымогательство взятки—явленіе не только исполнѣ возможное, но почти обычное. Принятіе предложенія Юридическаго Общества относительно конструкции вымогательства знаменовало-бы возвращеніе къ началамъ Свода законовъ.

Съ внѣшней стороны постановленія уголовного уложенія также представляютъ существенное отличіе отъ постановленій уложенія о нак. вмѣсто прежняго громаднаго количества статей, обнимающихъ взяточничество и примыкающія къ нему дѣянія, уголовное уложеніе включило весь относящійся сюда матеріалъ въ семь статей (ст. 656—662); вмѣсто мздоимства, лихоимства, вымогательства и другихъ дѣяній уголовное уложеніе въ этихъ статьяхъ говоритъ о взяточничествѣ (ст. 656), вымогательствѣ (ст. 657) и взяточническихъ поборахъ (ст. 658), содѣйствіи взяточничеству (ст. 660) и о присвоеніи взятки (ст. 661). Всѣ эти дѣянія различаются между собою прежде всего способомъ учиненія, взяточничество же и вымогательство, кромѣ того, распадаются на виды, въ зависимости отъ характера дѣйствія совершаемаго или совершеннаго за взятку.

Понимая подъ взяточничествомъ вообще принятіе служащимъ взятки, добровольно ему предложенной самимъ лиходателемъ, уголовное уложеніе признаетъ взяточничество простымъ: 1) если взятка принята, за учиненное служащимъ дѣйствіе, входящее въ кругъ его обязанностей по службѣ (ч. 1 ст. 656); 2) для побужденія къ учиненію такого дѣйствія (ч. 3 ст. 656);

взяточничество является тяжкимъ: 1) если взятка принята за учиненные въ кругѣ служебныхъ обязанностей преступное дѣяніе или служебный проступокъ и 2) для побужденія къ учиненію такого дѣянія или проступка (ч. 2 ст. 656).

Вымогательство уголовное уложеніе признаетъ квалифицированнымъ видомъ взяточничества, заключающимся въ истребованіи или даже вынужденіи служащимъ взятки, при чемъ тяжесть дѣянія и здѣсь зависитъ отъ того: 1) была ли взятка получена за учиненное дѣйствіе, входящее въ кругъ обязанностей служащаго или въ виду учиненія такого дѣйствія (ч. 1 ст. 657) или же 2) она была получена за учиненные въ кругѣ служебныхъ обязанностей преступное дѣяніе или служебный проступокъ или въ виду ихъ учиненія (ч. 2 ст. 657). Высшій видъ вымогательства составляетъ вынужденіе взятки, посредствомъ притѣсненія по службѣ или посредствомъ угрозы такимъ притѣсненіемъ, за учиненное уже служебное дѣйствіе или въ виду его учиненія (независимо отъ характера этого дѣйствія) (ч. 3 ст. 657).

Не обособляя случаевъ судебного взяточничества, уголовное уложеніе оговариваетъ только взяточничество и вымогательство присяжныхъ засѣдателей, принимающихъ предложенную или вытребованную взятку завѣдомо, что она дана по дѣлу, могущему подлежать ихъ разсмотрѣнію (ст. 659). Кромѣ того, уголовное уложеніе ввело въ качествѣ особаго дѣянія «взиманіе незаконныхъ въ свою пользу поборовъ», различая простой его видъ (ч. 1 ст. 657) и болѣе тяжкій, когда поборы вымогаются посредствомъ притѣсненія по службѣ или посредствомъ угрозы таковыми притѣсненіями (ч. 2 ст. 658). Въ отличіе отъ взяточничества и вымогательства, имѣющихъ въ виду отдѣльное единичное дѣяніе, незаконные поборы взимаются за служебную дѣятельность вообще т. е. представляютъ дѣяніе продолжаемое, въ которомъ отдѣльные случаи взяточничества или вымогательства входятъ, какъ составные элементы. Особо также въ качествѣ самостоятельнаго дѣянія предусматривается уголовнымъ уложеніемъ содѣйствіе взяточничеству, выражающееся въ пере-

дачѣ взятки, принятіи ея или иномъ посредничествѣ; виновный въ этомъ содѣйствіи карается, какъ пособникъ взяточничества (ст. 660).

Ко взяточничеству же уголовное уложеніе относитъ случаи присвоенія служащимъ дара, даннаго для передачи или полученнаго имъ подѣ предлогомъ передачи другому служащему, и случаи принятія съ цѣлью присвоенія взятки подѣ видомъ другого служащаго (ст. 661)¹⁾.

Послѣдствіемъ обвинительнаго приговора за указанные дѣянія является конфискація дара или его стоимости; только даръ вынужденный возвращается обратно хозяину; если даромъ является уступка права по имуществу, то такая уступка признается недѣйствительной (ст. 662).

Такова сущность постановленій о взяточничествѣ уголовного уложенія 1903 г.

¹⁾ Ст. 661, по заявленію редак. комиссіи, соответствуетъ отчасти 381 ст. улож. о нак., подвергающей наказанію тѣхъ, „которые, принимая деньги или инныя вещи будто бы для передачи ихъ другому, неучаствующему въ сихъ преступныхъ дѣйствіяхъ лицу, присвоить ихъ собѣ“, а отчасти и 379 ст. Изъ текста статьи видно, что она устанавливаетъ отвѣтственность за присвоеніе и обманы, т. е. за преступныя дѣянія не только общаго свойства, но и учиняемыя общими способами. Такое кажущееся отступленіе отъ системы проекта объясняется тѣмъ соображеніемъ, что постановленія объ общихъ преступныхъ дѣяніяхъ не ограждаютъ, какъ то общепризнано судебною практикой (к. р. 75/173; 76/66; 81/19) сдѣлокъ преступнаго свойства. Въ виду сего ст. 569 (661) является дополненіемъ къ общимъ постановленіямъ проекта о присвоеніи и мошенничествѣ, устанавливающимъ отвѣтственность служащихъ даже за такія дѣянія, которые не преслѣдуются уголовнымъ судомъ, въ случаѣ учиненія ихъ частными лицами. Это постановление вполне оправдывается тѣмъ соображеніемъ, что устанавливаемая 569 (661) ст. отвѣтственность имѣетъ своей цѣлью не защиту имущественныхъ интересовъ лицъ потерпѣвшихъ отъ дѣйствія виновнаго, — что явствуетъ уже изъ того обстоятельства, что данный виновному даръ подвергается конфискація, — а огражденіе закона о безкорыстіи службы государственной и общественной, нарушеніе каковаго закона не можетъ стать не преступнымъ дѣяніемъ только потому, что оно осложняется еще признаками общихъ преступныхъ дѣяній присвоенія и мошенничества (Объясн. Зап. т. VIII, стр. 525—526).

Существенныя отклоненія отъ постановленій дѣйствующаго права представляютъ и постановленія уголовного уложенія относительно лиходеательства.

При выработкѣ проекта новаго уголовного уложенія редакціонная комиссія рѣшила стать на путь, проложенный западно-европейскимъ правомъ, и отказаться отъ взглядовъ на нецѣлесообразность наказуемости лиходеательства; по мнѣнію редакціонной комиссіи, «подкупъ къ такимъ злоупотребленіямъ службою, которая почитается преступленіемъ или проступкомъ, нельзя не признать заслуживающимъ наказанія, такъ какъ при этомъ виновный не только вредитъ правильнымъ дѣйствіямъ государственнаго организма, чрезъ порчу или развращеніе его агентовъ, но и прямо причиняетъ вредъ юридическимъ интересамъ, охраняемымъ государственными законами, вредитъ имъ, благодаря тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, которые учинены подкупленнымъ. Важность этого вреда такова, что соображеніе о процессуальной трудности доказывать виновность лихоимцевъ при наказуемости лиходеателей теряетъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, свое значеніе». Редакціонная комиссія разсматривала лиходеательство, какъ *delictum sui generis*, и потому отнесла его къ категоріи посягательствъ противъ порядка управленія¹⁾.

¹⁾ См. Объяс. Зап. т. II, стр. 319. Отмѣчая совершенно правильно вредъ лиходеательства для „юридическихъ интересовъ, охраняемыхъ государственными законами“, комиссія едва ли была права въ утвержденіи, что, „сохраняя нѣкоторыя особыя постановленія о наказуемости нѣкоторыхъ тяжкихъ случаевъ лиходеательства, комиссія... въ существѣ сохраняетъ и таковыя случаи въ нашемъ Уложеніи послѣ закона 27 дек. 1865 г., такъ какъ ст. 107 проекта, по существу своему, соответствуетъ ст. 382, представляя только нѣсколько обобщенную ея форму“; въ дѣйствительности, измѣненіе заключается не только въ обобщеніи формы, но и въ расширеніи объема дѣянія и въ отнесеніи его къ совершенно иной группѣ посягательствъ, вслѣдствіе чего лиходеательство приобрѣло характеръ дѣянія самостоятельнаго и особаго отъ взяточничества. Ст. 382, какъ мы видѣли, относитъ лиходеательство совершенно иное мѣсто.

Уложение 1903 года знаетъ два вида наказуемаго лиходеательства (ст.ст. 149 и 150):

1) подкупъ съ цѣлью склонить должностное лицо къ учиненію преступленія или тяжкаго преступленія, путемъ неисполненія своихъ обязанностей или злоупотребленія служебными полномочіями, и

2) подкупъ съ цѣлью склонить члена сословнаго или общественнаго собранія къ подачѣ голоса въ пользу свою или другого лица, или противъ другого лица. Въ обоихъ случаяхъ подкупъ долженъ предшествовать дѣятельности подкупленнаго, склонять къ ней, а самая дѣятельность въ 1-мъ случаѣ носитъ опредѣленно преступный характеръ, т. е. преслѣдуемый въ уголовномъ, а не только дисциплинарномъ порядкѣ; учиненіе подъ вліяніемъ подкупа преступнаго дѣянія или только покушенія на него является для лиходеателя обстоятельствомъ, отягчающимъ отвѣтственность. Кромѣ того, возможны случаи привлеченія лиходеателя къ отвѣтственности въ качествѣ соучастника, если учиненное должностнымъ лицомъ, подъ вліяніемъ взятки, носитъ такой характеръ, что доступно для учиненія и не должностнымъ лицомъ. Второй случай наказуемаго подкупа носитъ спеціальныи характеръ; онъ имѣетъ цѣлью дѣяніе, само по себѣ не наказуемое, и карается, независимо отъ его учиненія подкупленнымъ.

Такимъ образомъ, уголовное уложеніе совершенно обособляетъ взяточничество и лиходеательство, чѣмъ выгодно отличается отъ большинства современныхъ кодексовъ, рассматривающихъ эти дѣянія совмѣстно и дающихъ поводъ предполагать, что оба эти дѣянія лишь двѣ стороны одного и того же преступнаго посягательства. Система, усвоенная уголовнымъ уложеніемъ не оставляетъ мѣста для такихъ предположеній.

Въ качествѣ возможнаго виновника взяточничества уголовное уложеніе называетъ служащаго, опредѣленіе

понятія котораго дано въ законѣ (ст. 636). По предположеніямъ редакціонной комиссіи поборы наказывались по ст. 658 только въ томъ случаѣ, когда они были установлены начальникомъ надъ подчиненными или лицами, имѣющими право надзора или контроля, но при разсмотрѣніи проекта въ совѣщаніи при Министерствѣ Юстиціи эта статья была распространена и на другіе виды поборовъ, которые представляютъ тѣмъ болѣе опасное и серьезное явленіе, что иногда достигаютъ значительныхъ размѣровъ и приобрѣтаютъ принудительный характеръ, а съ другой стороны аналогичны съ начальническими поборами, такъ какъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ производство поборовъ вытекаетъ изъ зависимаго положенія, въ которомъ находятся лиходеатели отъ лицъ, производящихъ поборы. Поэтому виновникомъ поборовъ по ст. 658 можетъ быть также всякій служащій¹⁾. Виновникомъ содѣйствія взяточничеству, по предположеніямъ редакціонной комиссіи, могъ быть только служащій въ томъ же мѣстѣ или въ томъ же вѣдомствѣ, или, по крайней мѣрѣ, исполняющій ту же служебную обязанность или порученіе, что и взяточникъ. «Не отрицая того, что содѣйствіе однимъ служащимъ взяточничеству другого служащаго составляетъ нарушеніе общихъ обязанностей служащаго, независимо отъ занимаемой имъ должности, и что посему дѣяніе это можетъ быть рассматриваемо, какъ дисциплинарное нарушеніе, комиссія полагаетъ, что содѣйствіе взяточничеству, не отягченному ни угрозами, ни учиненіемъ преступнаго дѣянія, можетъ быть рассматриваемо, какъ уголовное злоупотребленіе по службѣ только при томъ условіи, если оно оказывается лицами, служащими въ томъ же мѣстѣ или въ томъ же вѣдомствѣ, въ которомъ служить и самъ взяточникъ, или

¹⁾ Представленіе Мин. Юст. стр. 338.

исполняющій совмѣстно со взяточникомъ одно общее служебное порученіе» ¹⁾). Но особое совѣщаніе при Госуд. Совѣтѣ нашло, что это опредѣленіе не вполне точно. Могутъ быть должностныя лица одного и того же вѣдомства, неимѣющія между собою въ служебномъ отношеніи ничего общаго, напримѣръ управляющій таможенною и податной инспекторъ, и, наоборотъ, начальникъ станціи и чиновникъ желѣзно-дорожнаго контроля, не принадлежа къ тому же вѣдомству и даже не исполняя совмѣстно какого либо служебнаго порученія, могутъ имѣть общее по службѣ дѣло. Въ виду этихъ соображеній Особое Совѣщаніе видоизмѣнило редакцію ст. 660 въ томъ смыслѣ, что виновникомъ содѣйствія взяточничеству можетъ быть всякое должностное лицо, оказывающее содѣйствіе завѣдомо учинившему взяточничеству ²⁾).

Среди возможныхъ виновниковъ взяточничества—служащихъ особо оговаривается присяжный засѣдатель, внесенный въ списокъ на опредѣленную сессію суда, а равно вошедшій въ составъ комплекта (ст. 659), въ виду того, что присяжные засѣдатели не могутъ подойти подъ данное въ законѣ опредѣленіе служащаго.

Объектомъ взяточничества является принципъ безмездности служебныхъ дѣйствій; это опредѣленно выражено въ Объясн. Запискѣ ³⁾ и ясно вытекаетъ изъ объема наказуемости взяточничества и вымогательства.

¹⁾ Объяс. Зап. т. VII, стр. 490.

²⁾ Особое Совѣщаніе, стр. 534—535. Противъ такой редакціи возражаетъ г. Эстринъ, по мнѣнію котораго отсутствіе солиднаго теоретическаго фундамента у конструкціи, выработанной комиссіей, облегчило въ дальнѣйшей стадіи обсужденія измѣненіе ст. 567 проекта (ст. 660 уг. улож.) въ направленіи явнаго „reductio ad absurdum“ (ук. соч. стр. 166). Мы думаемъ, что для признанія лица виновнымъ въ содѣйствіи взяточничеству важенъ не цвѣтъ носимаго имъ вѣдомственнаго канта, а наличность общихъ условий, въ силу которыхъ оно признается лицомъ должностнымъ, и наличность нарушенія принципа безмездности служебныхъ дѣйствій.

³⁾ Объяс. Зап. т. VIII, стр. 481—482.

Всѣ виды взяточничества (взяточничество-вознагражденіе за услуги уже оказанныя, правомѣрнаго и неправомѣрнаго характера, и взяточничество-подкупъ ради услугъ въ будущемъ, также правомѣрнаго и неправомѣрнаго характера), а тѣмъ болѣе вымогательство признаются дѣяніями уголовно-наказуемыми и первоначальное предположеніе отнести къ дисциплинарнымъ провинностямъ случаи принятія взятки за оказанную правомѣрную услугу было отвергнуто при разсмотрѣніи проекта въ Совѣщаніи при Мин. Юстиціи на томъ основаніи, «что взяточничество представляется во всѣхъ своихъ видахъ столь опаснымъ дѣяніемъ, что оно настолько несовмѣстно съ правильнымъ теченіемъ государственной жизни, что государство должно бороться съ нимъ всѣми находящимися въ его распоряженіи средствами, между прочимъ и назначеніемъ достаточно строгой уголовной отвѣтственности за всякое проявленіе взяточничества» ¹⁾). Съ внутренней стороны всѣ виды взяточничества и вымогательства предполагаютъ умышленную виновность, что вытекаетъ изъ самаго характера дѣянія. Этотъ признакъ по отношенію къ взяточничеству подчеркнутъ спеціальнымъ указаніемъ на «завѣдомость» (ст. 656 и 659). Умыселъ долженъ заключаться въ сознаніи, что принимается, требуется или даже вынуждается взятка, что она принимается за служебное дѣйствіе и что дѣйствіе это должно быть совершено безмездно или что оно должно составить или составляетъ преступное дѣяніе или служебную провинность, и въ соответствующемъ этому сознанію направленіи воли. Умышленнымъ и только умышленнымъ могутъ быть также содѣйствіе взяточничеству, взиманіе незаконныхъ поборовъ и присвоеніе взятки.

¹⁾ Представ. Мин. Юстиціи, стр. 334, 335.

Съ вѣншей стороны дѣяніе виновнаго заключается въ принятіи дара или въ полученіи дара вытребованнаго или даже вынужденнаго посредствомъ притѣсненія по службѣ или угрозы такимъ притѣсненіемъ; въ первомъ случаѣ имѣется въ виду даръ добровольный, предлагаемый лиходателемъ по его почину, во второмъ — даръ недобровольный, вытребованный или даже вынужденный посредствомъ притѣсненія или даже угрозъ. Объясн. Зап. говоритъ еще о случаяхъ смѣшанныхъ, подъ которыми разумѣть, когда служащій, не довольствуясь предложеннымъ, запросилъ большаго или склонилъ лиходателя къ измѣненію предмета дара въ болѣе выгодную для себя сторону, или, когда лиходатель оказался щедрѣе или неуступчивѣе, чѣмъ то думалъ взяточникъ, и далъ ему болѣе или менѣе того, что онъ требовалъ.¹⁾ Оба эти случая Объясн. Записка относитъ къ вымогательству, но сомнѣніе можетъ возбуждать лишь первый, такъ какъ во второмъ случаѣ дѣло идетъ о требованіи, заявленномъ виновнымъ, въ первомъ же инициатива, принадлежавшая лиходателю, перешла къ должностному лицу.

При дарѣ добровольномъ имѣется на лицо его принятіе, при дарѣ недобровольномъ — его полученіе. По проекту редакціонной комиссіи признакомъ вымогательства взятки наравнѣ съ требованіемъ взятки было поставлено испрошеніе таковой, но при разсмотрѣніи проекта въ Совѣщаніи при Мин. Юстиціи такое приравненіе было устранено въ виду того, что требованіе отличается отъ просьбы, испрошенія не только по формѣ, но и по существу, ибо подъ выраженіемъ «требованіе» можно разумѣть, какъ это и дѣлаетъ современная судебная практика, «лишь такое воздѣйствіе со стороны вымогателя

¹⁾ Объяс. Зап. т. VIII, стр. 1038.

на волю вымогаемаго, которое по своему характеру и сопровождавшимъ его обстоятельствамъ могло принудить вымогаемаго къ выдачѣ имущества изъ опасенія и страха за свое личное или имущественное благосостояніе» (О. С. 89/4). Такимъ образомъ, требованіе взятки отличается отъ просьбы присущимъ ему элементомъ принужденія, при установленіи отвѣтственности за взяточничество. Наконецъ, надлежитъ признать, что если на практикѣ, нерѣдко могутъ встрѣтиться затрудненія въ установленіи наличности этого элемента принужденія въ заявленіи служащаго о желаніи его получить мзду, то нелегко также разяснить на судѣ и вопросъ о томъ, отъ кого исходила инициатива оплаты служебнаго дѣйствія — отъ лиходателя или отъ мздоимца. Къ тому же отсутствіе просьбы или требованія со стороны служащаго должно считаться обстоятельствомъ безразличнымъ во всѣхъ тѣхъ многочисленныхъ случаяхъ, когда частное лицо, нуждающееся въ услугахъ органа власти, только предупредило добровольнымъ приношеніемъ просьбу служащаго или когда лиходатель прибѣгъ къ такому «добровольному» приношенію потому, что по личному опыту или по сообщенію другихъ лицъ зналъ о невозможности добиться инымъ путемъ удовлетворенія своего законнаго или незаконнаго ходатайства¹⁾.

По проекту редакціонной комиссіи взятка была опредѣлена, какъ «даръ имущества, права по имуществу или обѣщаніе такого дара», но при разсмотрѣніи проекта въ Совѣщаніи при Мин. Юстиціи «обѣщаніе дара» было исключено изъ понятія взятки на томъ основаніи, что въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣщаніе лиходателя было обложено въ форму признаваемаго закономъ договора, напр. дарственной записи, векселя, заемнаго письма и т. п.

¹⁾ Представленіе Мин. Юстиціи, стр. 337.

служащий, принявший такое обещание, не избегает ответственности за взяточничество, ибо в этом случае обещание приобретает значение дара права по имуществу; распространение же понятия взятки на всякие иные обещания представляется нежелательным¹⁾. Но Особое Совещание при Государ. Совете не разделило взгляда Мин. Юстиции и нашло, что такое определение не имеет исчерпывающего значения; напр. разорвание векселя должностного лица является, по мнению Особого Совещания, не даром имущества или права по имуществу, а освобождением от обязательства, которое при известных обстоятельствах не может не рассматриваться, как взятка; поэтому оно признало более осторожным определение взятки совершенно исключить из текста закона²⁾. Но исключив определение взятки, Особое Совещание оставило без существенного изменения дальнейший текст статьи, говорящей о дарѣ, который может быть отобранъ, и о дарѣ права по имуществу, т. е. сохранило определение, которая, по собственному признанию, не имеют исчерпывающего значения. Таким образом, только из мотивов закона можно вывести заключение, что подъ понятие дара подходит не только получение имущества, права по имуществу, но и освобождение от обязательства по имуществу. Но за то текст закона не оставляет сомнений относительно того, что взятка должна иметь непременно имущественную материальную ценность.

Принимаемая или получаемая взятка должна быть непременно эквивалентом совершаемых или совершенных должностным лицом действий. Это существенный элемент состава дѣянія. Взятка, по своему назначению, должна служить вознаграждением за учиненные уже

¹⁾ Тамъ же, стр. 339.

²⁾ Особое Совещание, 535.

действія или средствомъ для склоненія къ учиненію действий въ будущемъ. Самое дѣйствіе, учиняемое за взятку, должно входить «въ кругъ обязанностей виновнаго», являться дѣйствіемъ «служебнаго характера». Оно можетъ быть вполне правомѣрнымъ, составлять служебный проступокъ или даже быть преступленіемъ. Учиняя всѣ эти дѣйствія, виновникъ долженъ дѣйствовать въ качествѣ должностного лица¹⁾.

Оплачиваемая взяткой дѣятельность виновнаго въ проектѣ редакціонной комиссіи опредѣлялась, какъ служебная провинность», какъ «преступное дѣяніе, учиняемое посредствомъ злоупотребленія обязанностью или полномочіемъ». Совѣщание при Мин. Юстиции нашло, что такое определение едва ли представляется точнымъ, такъ какъ допускаетъ толкованіе въ томъ смыслѣ, что оно имѣетъ въ виду только преступныя дѣянія, поименованныя въ гл. XXXVII или же совершенныя служебнымъ образомъ дѣйствія, между тѣмъ какъ служащій можетъ при тѣхъ же условіяхъ совершить въ кругѣ его служебныхъ обязанностей какое либо общее преступное дѣяніе, напр. подлогъ и т. п. Вслѣдствіе сего и въ виду отсутствія основаній относиться болѣе снисходительно къ учиненію служащимъ по взяточническимъ побужденіямъ общихъ преступныхъ дѣяній, въ ст. 656 и 657 выраженіе «посредствомъ злоупотребленія его обязанностями или полномочіемъ» замѣнено выраженіемъ «въ кругѣ его обязанностей»²⁾. Но виновный, дѣйствуя въ качествѣ должностного лица, въ кругѣ своихъ обязанностей, неизбежно

¹⁾ Согласно принятой въ уголовномъ уложеніи терминологіи выраженіе «дѣйствіе» обнимаетъ собою не только содѣяніе, но и бездѣйствіе, а по отношенію къ должностнымъ лицамъ даже распоряженіе. Въ проектѣ ред. комиссіи было опредѣленно указано, что дѣйствіе «безмездное», но затѣмъ это опредѣленіе было опущено, какъ излишнее. Объяс. Зап. т. VIII, стр. 500.

²⁾ Представленіе Мин. Юстиціи, стр. 335—336.

учиняетъ должностное преступленіе; если же онъ при исполненіи своихъ обязанностей учиняетъ общее преступленіе, неимѣющее никакого отношенія къ его служебнымъ обязанностямъ, то онъ дѣйствуетъ уже не какъ должностное лицо и говорить о взяткѣ, полученной за это преступное дѣяніе, едва ли возможно; взяточничество нарушаетъ начало безмездности служебныхъ дѣйствій, здѣсь же такіа дѣйствія отсутствуютъ.

Окончаніе дѣянія опредѣляется характеромъ дѣятельности виновнаго: при взяточничествѣ дѣяніе можетъ почитаться оконченнымъ съ момента принятія дара, подъ которымъ слѣдуетъ понимать не только дѣйствительное полученіе имущества или обязательства на имущество или уничтоженіе такого обязательства, но и изъявленіе согласія на принятіе дара. Также опредѣляется моментъ окончанія и при вымогательствѣ, но въ отличіе отъ взяточничества дѣятельность вымогателя, предшествовавшая окончанію, не почитается безразличной со стороны законодателя, такъ какъ, не говоря уже о вынужденіи, самое требованіе взятки составляетъ несомнѣнно вредоносное нарушеніе своихъ обязанностей; законъ усматриваетъ въ немъ наличность покушенія на вымогательство и особо оговариваетъ его наказуемость. Также опредѣляется моментъ окончанія и при незаконныхъ поборахъ, когда рѣчь идетъ о взиманіи ихъ или вымогательствѣ; но онъ отодвигается къ болѣе раннему моменту, когда говорится объ установленіи такихъ поборовъ. Установленіе поборовъ, по своему значенію, равно требованію или вынужденію взятки, однако законъ усматриваетъ въ такомъ установленіи не покушеніе, а дѣяніе оконченное ¹⁾.

При содѣйствіи взяточничеству дѣятельность виновнаго характеризуется, какъ дѣятельность посредническая;

¹⁾ См. Объяс. Зап. т. VIII, стр. 507, 515, 518.

она заключается въ передачѣ взятки, въ принятіи ея подъ своимъ именемъ или въ иномъ посредничествѣ т. е. въ передачѣ просьбъ, предложеній или требованій дара, въ установленіи того, что дается и за что дается и т. д. Въ виду того, что пособничество взяточничеству предусмотрѣно какъ *delictum sui generis*, слѣдуетъ заключить, что и моментъ его окончанія опредѣляется самостоятельно, независимо отъ окончанія взяточничества. Наличность специальной статьи о содѣйствіи взяточничеству исключаетъ тѣмъ самымъ возможность примѣненія къ взяточничеству всѣхъ постановленій общей части уложенія о соучастіи, а сдѣланныя въ текстѣ статьи ссылки лишь на 656—659 ст. указываютъ, что ст. 660 не можетъ имѣть примѣненія къ послѣдующимъ статьямъ, въ отношеніи къ которымъ дѣйствуютъ, напротивъ, общія правила о соучастіи ¹⁾.

Наконецъ, при присвоеніи взятки (ст. 661) дѣятельность виновнаго заключается: 1) въ присвоеніи дара, даннаго виновному для передачи или полученнаго имъ подъ предлогомъ передачи другому служащему и 2) въ принятіи съ цѣлью присвоенія взятки, подъ видомъ другого служащаго. Дѣяніе можетъ почитаться оконченнымъ въ первомъ случаѣ съ момента обращенія дара въ свою собственность т. е. удержанія его у себя, когда наступилъ моментъ передачи по назначенію, во второмъ случаѣ—съ момента полученія дара. Оба случая присвоенія взятки въ сущности имѣютъ очень мало общаго со взяточничествомъ, такъ какъ въ первомъ имѣетъ мѣсто содѣйствіе взяточничеству и присвоеніе чужого имущества или мошенничество, во второмъ же случаѣ—мошенничество—выманиваніе денегъ или вещей подъ вымышлен-

¹⁾ Объяс. Зап. т. VIII, стр. 523.

нымъ предлогомъ: было бы правильнѣе поэтому отнести эти дѣянія въ соотвѣтствующія мѣста кодекса.

Въ качествѣ наказанія за разсматриваемыя дѣянія уголовное уложеніе назначаетъ тюрьму и исправительный домъ, при чемъ въ случаѣ указанномъ въ ст. 656, ч. 3, 657, 658 и 661 примѣняется ст. 27 объ ограниченіи правъ. Кромѣ того «при осужденіи за дѣянія, ст.ст. 656—662 предусмотрѣнныя, поступившій къ виновному даръ отъ него отбирается, а при неимѣніи его на лицо взыскивается стоимость дара. Если же судомъ будетъ признано, что даръ былъ вынужденъ, то онъ возвращается хозяину. Если взятка состоитъ въ дарѣ права на имущество, то даръ такой признается недѣйствительнымъ» (ст. 662).

Въ виду опредѣленнаго указанія закона постановленія данной статьи относятся не только ко взяточничеству и вымогательству, но и къ содѣйствію взяточничеству, установленію незаконныхъ поборовъ и къ присвоенію взятки. Отобранію подлежитъ только дѣйствительно полученное или стоимость его.

Наказуемость всѣхъ видовъ взяточничества была повышена сравнительно съ дѣйствующимъ законодательствомъ еще при разработкѣ проекта редакціонной комиссіей, но это повышение было признано недостаточнымъ и Особое Присутствіе Государственнаго Совѣта повысило размѣры наказанія въ ст.ст. 656, 659, 661: на основаніи этихъ статей служащій, принявшій взятку, завѣдомо данную ему для учиненія въ кругѣ его обязанностей преступнаго дѣянія, а равно взявшій взятку присяжный засѣдатель и служащій, виновный въ принятіи съ цѣлью присвоенія взятки подъ видомъ другого служащаго, — наказываются заключеніемъ въ тюрьмѣ на срокъ не ниже трехъ мѣсяцевъ. Принимая во вниманіе злостность воли, проявляемую въ указанныхъ дѣяніяхъ, а также позоря-

щій ихъ характеръ, Особое Присутствіе замѣнило предложенныя наказанія—заключеніемъ въ исправительномъ домѣ на срокъ не свыше трехъ лѣтъ ¹⁾).

Чтобы закончить обзоръ русскаго законодательства о взяточничествѣ и лиходательствѣ намъ слѣдуетъ упомянуть о проектахъ послѣдняго времени, имѣвшихъ въ виду возстановить наказуемость лиходательства и усилить отвѣтственность за взяточничество. Чрезвычайныя злоупотребленія во время русско-японской войны, развитіе ихъ и въ эпоху великой европейской войны побудили законодателя отказаться отъ усвоеннаго русскимъ законодательствомъ начала безнаказанности лиходателей.

Въ апрѣлѣ мѣсяцѣ 1911 г. министромъ юстиціи И. Г. Щегловитовымъ былъ внесенъ въ Государственную Думу законопроектъ о наказуемости лиходательства. Объяснительная записка къ законопроекту выясняла мотивы его появленія; жизнь натолкнула на такія явленія, которыя доказали невозможность дальнѣйшихъ отсрочекъ и неотлагательную необходимость принятія немедленныхъ мѣръ: «Произведенныя въ послѣднее время по Высочайшимъ повелѣніямъ ревизіи обнаружили рѣзкія, получившія широкое распространеніе, корыстныя нарушенія служебнаго долга со стороны должностныхъ лицъ различныхъ вѣдомствъ. Проистекая изъ стремленія къ удовлетворенію личнаго корыстолюбія, эти преступныя проявленія находили для своего развитія благоприятную почву въ содѣйствіи многочисленной группы частныхъ лицъ, которыя, также ради достиженія личныхъ цѣлей, охотно шли навстрѣчу этимъ корыстнымъ стремленіямъ органовъ правительственной власти. Наблюдавшееся въ этихъ случаяхъ отрицаніе основнаго государственно-правоваго принципа, въ силу котораго выполненіе органами прави-

¹⁾ Журналъ Особого Присутствія Госуд. Совѣта, стр. 325—326.

тельствственной власти их должностныхъ обязанностей должно покониться лишь на вѣрности служебному долгу, получаетъ двоякое выраженіе: непосредственное—въ дѣйствіяхъ должностныхъ лицъ, «торгующихъ» своею служебной дѣятельностью, и посредственное—въ томъ воздѣйствіи частныхъ лицъ на органы власти, результатомъ котораго является и нарушение долга, и «продажность должностныхъ услугъ». Таковъ главный поводъ появленія новаго законопроекта о наказуемости лихоходательства, который является, такимъ образомъ, только подтвержденіемъ уже принятаго уголовнымъ уложеніемъ начала и въ то же время осуществленіемъ того, что давно уже общепризнано на Западѣ.

Проектъ Министерства Юстиціи «о наказуемости лихоходательства» исходилъ изъ взгляда на лихоходательство, какъ на дѣяніе, нарушающее принципъ безмездности служебныхъ дѣйствій, но признавалъ его самостоятельнымъ дѣяніемъ и объявлялъ его наказуемымъ, независимо отъ характера будущей дѣятельности мздоимца, т. е. какъ законномѣрной, такъ и незаконномѣрной; лихоходательство же въ качествѣ платы за прошлую дѣятельность наказуемо лишь при неисполненіи обязанности или злоупотребленіи властью со стороны должностнаго лица. Такимъ образомъ проектъ намѣчалъ слѣдующіе случаи:

1) лихоходательство съ цѣлью склоненія къ выполненію или воздержанію отъ выполненія служебнаго дѣйствія, безъ нарушенія установленныхъ закономъ обязанностей (ст. 272¹);

2) лихоходательство съ цѣлью склоненія къ неисполненію установленной закономъ обязанности или злоупотребленію предоставленною закономъ властью (п. 1), или въ качествѣ платы за злоупотребленіе или неисполненіе обязанностей, уже допущенныя (п. 2, ст. 272²);

3) лихоходательство съ цѣлью склонить члена какого-

либо собранія или присяжнаго засѣдателя къ подачѣ голоса въ опредѣленномъ, желательномъ для лихоходателя смыслѣ (ст. 272³).

Винникомъ лихоходательства является каждое вмѣняемое лицо. Квалифицированнымъ случаемъ лихоходательства представляется учиненіе его шайкой (ст. 272⁵). Проектъ предусматривалъ не только случаи непосредственного учиненія лихоходательства, но и посредничество при лихоходательствѣ, вслѣдствіе чего дѣятельность виновныхъ могла выразиться или въ доставленіи, обѣщаніи или предложеніи подарка или иной имущественной выгоды, или въ принятіи на себя обязанностей посредника между лихоходателемъ и взяточникомъ (ст. 272⁴)¹⁾.

Предѣлы наказуемости лихоходательства различны: въ однихъ случаяхъ наказуемы «обѣщаніе, предложеніе и доставленіе какой-либо имущественной выгоды» (ст. 272², п. 1, 272³), въ другихъ эти предѣлы нѣсколько суживаются и карается только «доставленіе подарка или выгоды».

Самая «мзда», какъ видно изъ Объяснительной Зап. и текста закона, понимается въ смыслѣ «матеріальнаго имущественнаго интереса», подъ какое понятіе подходятъ:

- 1) непосредственныя цѣнности, деньги или вещи,
- 2) предоставленіе имущественнаго права, и
- 3) доставленіе какой-либо иной имущественной выгоды, напр. устройство фиктивнаго мѣста съ извѣстнымъ денежнымъ вознагражденіемъ въ частномъ или общественномъ предпріятіи.

Размѣры наказаній за лихоходательство проектъ намѣ-

¹⁾ Карая лихоходательство съ цѣлью склонить члена какого-либо общественаго или сословнаго собранія или присяжнаго засѣдателя къ подачѣ голоса въ опредѣленномъ, желательномъ для лихоходателя смыслѣ, проектъ говорилъ и объ отвѣтственности лицъ, согласившихся въ данномъ случаѣ принять или принявшихъ подарокъ и просившихъ или даже требовавшихъ подарка, т. е. устанавливаетъ въ связи съ лихоходательствомъ и новый видъ взяточничества.

чалъ въ соотвѣтствіи съ наказаніями за мздоимство и лихоимство, но въ болѣе низкой степени: низшимъ размѣромъ наказанія за болѣе легкіе случаи является тюрьма на срокъ отъ 2 до 4 мѣс., въ болѣе тяжкихъ случаяхъ наказаніемъ служатъ исправит. арестант. отдѣленія на срокъ по второй или третьей степени ст. 31 уложенія или заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года и 4 мѣсяцевъ.

Кромѣ личнаго наказанія, проектъ, въ виду корыстнаго характера лихоительства, устанавливалъ за него и денежное наказаніе въ размѣрѣ цѣны подарка или доставленной имущественной выгоды, а если стоимость ихъ не могла быть опредѣлена въ точности, то денежному взысканію не свыше одной тысячи рублей.

По соображеніямъ процессуальнаго удобства законопроектъ намѣчалъ пополненіе 207 ст. уст. уг. суд. указаніемъ, что содержащееся въ ней правило «примѣняется и въ случаяхъ привлеченія къ отвѣтственности обвиняемыхъ въ мздоимствѣ или лихоимствѣ совмѣстно съ лицами, ихъ подкупившими». Ст. 382 улож. о нак., какъ излишняя, намѣчена къ отмѣнѣ.

Таковъ въ общихъ чертахъ законопроектъ 1911 г. Какъ видно изъ предыдущаго изложенія, онъ намѣчалъ широкія рамки наказуемости лихоительства, сходясь въ этомъ отношеніи съ болгарскимъ, германскимъ и голландскимъ уложеніями.

Законопроектъ этотъ, за окончаніемъ полномочій Думы, не былъ рассмотрѣнъ. Новая война заставила законодателя вспомнить о пробѣлѣ въ законодательствѣ и выработать новый болѣе обширный проектъ закона объ усиленіи въ нѣкоторыхъ случаяхъ наказаній за мздоимство и лихоимство и объ наказуемости за лихоительство. Новый законъ 31 янв. 1916 г., проведенный въ порядкѣ чрезвычайнаго законодательства (ст. 87 осн. гос. зак.)

въ отношеніи къ лихоительству воспроизводитъ въ существенныхъ своихъ чертахъ проектъ 1911 г.

Законъ объявляетъ наказуемымъ какъ лихоительство-подкупъ, такъ и лихоительство-вознагражденіе, но послѣднее карается только въ случаѣ доставленія подарка или выгоды за «неисполненіе обязанности или злоупотребленіе властью» (ст. 272², ч. 2), первое-же т. е. лихоительство-подкупъ наказуемо какъ при склоненіи къ неисполненію возложенной закономъ обязанности или злоупотребленію закономъ властью (ст. 272², ч. 1), такъ и при склоненіи къ выполненію или воздержанію отъ выполненія служебнаго дѣйствія, безъ нарушенія установленныхъ закономъ обязанностей (ст. 272¹); въ этомъ послѣднемъ случаѣ карается только доставленіе подарка или какой либо иной имущественной выгоды, равно какъ и при лихоительствѣ-вознагражденіи (ст. 272², ч. 2); при склоненіи же къ неисполненію возложенныхъ закономъ обязанностей или злоупотребленію предоставленной властью наказуемо не только доставленіе подарка или выгоды, но и обѣщаніе и предложеніе ихъ. Соотвѣтственно съ этой формулировкой дѣятельности лихоителя («обѣщаніе, предложеніе, доставленіе») опредѣляется различно и моментъ окончанія дѣянія: въ одномъ случаѣ для этого достаточно одного обѣщанія или предложенія, въ другихъ необходимо фактическое доставленіе дара или выгоды.

Злободневный характеръ новаго закона отразился на перечнѣ обстоятельствъ, дѣлающихъ лихоительство тяжкимъ; они не были извѣстны проекту 1911 г. Согласно зак. 31 января 1916 г. лихоительство почитается тяжкимъ, если оно учинено по дѣламъ, касающимся снабженія арміи и флота боевыми, продовольственными или иными припасами, пополненія личнаго состава арміи и флота и вообще обороны государства, а также по поводу

желѣзно-дорожной службы во время войны (ст. 272⁶); эти же обстоятельства усиливаютъ отвѣтственность и за взяточничество (ст. 381¹). Кроме того, обстоятельствомъ, квалифицирующимъ лиходеательство, является учиненіе его шайкой (ст. 272⁵), о чемъ говорилъ и проектъ 1911 г. Наказывается лиходеательство, по новому закону, заключеніемъ въ тюрьмѣ на время отъ 2—4 мѣс. (ст. 272¹) или на время отъ 8 мѣс.—1 г. 4 мѣс. или заключеніемъ въ исправ. арест. отд. по 3 или 4 степ. ст. 31 (ст. 272²); при наличности указанныхъ отягчающихъ обстоятельствъ наказаніе повышается на 2—3 ст., а при учиненіи лиходеательства шайкой наказаніемъ служитъ заключеніе въ исправ. арест. отд. на срокъ 5—6 лѣтъ. Сверхъ этихъ наказаній виновные въ лиходеательствѣ подвергаются денежному взысканію, равному цѣнѣ подарка, а если стоимость послѣдняго или доставленной имущественной выгоды не можетъ быть въ точности опредѣлена, то денежному взысканію не выше одной тысячи рублей. Вообще наказуемость лиходеателя ниже наказуемости взяточника¹).

Наряду съ лиходеательствомъ зак. 31 янв. 1916 г. предусматриваетъ и облагаетъ равнымъ наказаніемъ посредничество между лиходеателемъ и взяточникомъ, но только корыстное («принятіе подарка или полученіе какой либо иной имущественной выгоды за свое содѣйствіе, передачей взятки или инымъ посредничествомъ») (ст. 372⁴). Подъ дѣйствіе этой статьи подойдутъ слѣдовательно посредники, устраивающіе за вознагражденіе соглашеніе между лиходеателями и взяточниками; такая посредническая дѣятельность возможна при всѣхъ видахъ лиходеательства, предусмотрѣнныхъ закономъ, но не взя-

¹) Противоположный взглядъ г-жи Рабиновичъ и указаніе ею случаевъ, когда лиходеатель карается строже взяточника, основаны на неправильномъ толкованіи ст. 373.—См. ук. ст. стр. 678.

точничества, такъ какъ предѣлы наказуемыхъ взяточничества и лиходеательства не вполне совпадаютъ: лиходеательство-вознагражденіе за услуги правомѣрные не наказуемо, а взяточничество-вознагражденіе наказуемо и въ этомъ случаѣ (ст. 372); ст. 272⁴ стоитъ въ связи съ лиходеательствомъ, поэтому и область наказуемаго посредничества совпадаетъ съ областью наказуемаго лиходеательства¹). Наконецъ, новый законъ, подобно проекту 1911 г., предусматриваетъ лиходеательство-подкупъ члена сословнаго или общественнаго собранія и лица, внесеннаго въ списокъ на опредѣленную сессію суда, а равно вошедшаго въ составъ комплекта присяжнаго засѣдателя (ст. 272³); наказаніе за этотъ видъ лиходеательства такое же, какъ и за другіе тяжкіе виды лиходеательства; такому же наказанію подлежитъ и тотъ, кто согласится на обѣщаніе или предложеніе подарка или выгоды, или приметъ ихъ, или же будетъ требовать или просить ихъ (ст. 272³, ч. 2).

Таковъ новый законъ о наказуемости лиходеательства, заполнившій собою существенный пробѣлъ въ нашемъ законодательствѣ. Вызванный къ жизни чрезвычайными обстоятельствами военнаго времени, онъ носитъ слѣды этого послѣдняго: обстоятельства, отягчающія отвѣтственность какъ лиходеателя, такъ и взяточника, продиктованы условіями и обстановкой переживаемаго момента; самый переходъ отъ полной безнаказанности къ наказуемости довольно высокой можетъ быть объясненъ тѣми же соображеніями.

Устанавливая не только высокіе размѣры наказуемости, но и широкіе ея предѣлы, законъ 31 янв. 1916 г., какъ и проектъ 1911 г., признаетъ за лиходеательствомъ

¹) Посредничество некорыстное со стороны должностныхъ лицъ предусматривается, по нашему мнѣнію, ст. 380.

исключительно корыстный характер и влѣдствіе этого денежное взысканіе является обязательной мѣрой, сопровождающей наказаніе лиходателя. Между тѣмъ жизнь свидѣлствуетъ, что не одна корысть побуждаетъ человека прибѣгать къ подкупу, а побужденія самыя разнообразныя; поэтому приданіе денежному взысканію обязательнаго характера, независимаго отъ усмотрѣнія суда, не вызывается необходимостью.

ГЛАВА IX.

Анализъ состава взяточничества и лиходательства.

§ 1. Общее понятіе взяточничества и лиходательства и ихъ взаимоотношеніе. Изъ предшествующаго обзора прошлаго и современнаго законодательства видно, что изучаемыя нами преступныя дѣянія прошли въ своемъ развитіи нѣсколько этаповъ. Развитие это шло разными путями; одинъ путь—болѣе широкій ведетъ къ Риму, этому мощному источнику правотворчества: изъ довольно разнообразной по своему составу массы дѣяній, объемлемыхъ понятіемъ «*crimen repetundarum*», черезъ каноническое «*crimen falsi*», возникло понятіе единого «*crimen barattariae*» или «*corruptionis*», обнимавшее какъ взяточничество во всѣхъ его видахъ, такъ и лиходательство. Другой путь—болѣе узкій, теряется въ нѣдрахъ памятниковъ мѣстнаго права, которое преслѣдовало только взяточничество-подкупъ и связанное съ нимъ лиходательство.

Изъ столкновенія этихъ двухъ теченій въ кодексахъ XVIII и XIX в.в. образовалось современное понятіе взяточничества и лиходательства, съ уклономъ однихъ кодексовъ въ сторону болѣе широкаго пониманія взяточничества, другихъ—въ сторону ограниченія его понятіемъ взяточничества-подкупа. Какое изъ этихъ двухъ теченій съ точки зрѣнія требованій уголовной политики является болѣе пріемлемымъ, мы постараемся выяснитъ ниже, а пока, обобщая матеріаль положительнаго законодательства, мы можемъ дать такое опредѣленіе изучаемымъ нами преступнымъ дѣяніямъ: взяточничество—это

одно изъ должностныхъ преступленій, заключающееся или въ изъявленіи согласія на принятіе подарка или иной матерьяльной выгоды, или въ принятіи ихъ, или даже въ требованіи ихъ должностнымъ лицомъ за учиненіе или опущеніе (взяточничество-вознагражденіе) или ради учиненія или опущенія (взяточничество-подкупъ) какого либо дѣйствія по службѣ; лихоительство — дѣяніе, заключающееся въ обѣщаніи, предложеніи или предоставленіи должностному лицу подарка или иной матерьяльной выгоды съ цѣлью склонить это должностное лицо къ желательному для интересовъ лихоителя образу дѣйствія по службѣ (лихоительство-подкупъ) или съ цѣлью заплатить должностному лицу за услуги, уже оказанныя имъ лихоителю (лихоительство - вознагражденіе).

Взяточничество—одно изъ должностныхъ преступленій, и это свойство его является отличительнымъ его признакомъ. Поэтому представляется неправильнымъ подчеркивать и выдвигать на первый планъ значеніе этого дѣянія, какъ одного изъ способовъ безмезднаго приобрѣтенія имущества, равносильнаго мошенничеству, кражѣ и вообще имущественнымъ посягательствамъ ¹⁾. При такомъ опредѣленіи взяточничества ослабляется публично-правовой элементъ взяточничества, заключающийся въ нарушеніи принципа безмездности служебныхъ дѣйствій; взяточничество превращается въ имуществен-

¹⁾ См. Неклюдовъ, ук. ст. стр. 491: „взяточничество и лихоимство два запрещенныхъ способа безмезднаго приобрѣтенія чужого имущества и въ этомъ отношеніи дополняютъ собою постановленія о мошенничествѣ и вообще объ имущественныхъ посягательствахъ“. Такое опредѣленіе—остатокъ взгляда на должностное преступленіе, какъ на общее, отличающееся лишь особымъ служебнымъ способомъ учиненія.

ное посягательство, отличающееся отъ другихъ способомъ приобрѣтенія имущества; при такомъ опредѣленіи, кромѣ того, опускается изъ виду, что взяточничество имѣетъ мѣсто не только въ случаѣ дѣйствительнаго полученія имущества, но и въ случаѣ одного изъявленія согласія на полученіе дара.

Обзоръ положительнаго законодательства показываетъ далѣе, что предѣлы наказуемости, устанавливаемые закономъ въ отношеніи взяточничества и лихоительства, весьма различны. Помимо отдѣльныхъ видовъ взяточничества и лихоительства, извѣстныхъ положительному законодательству, нѣкоторые кодексы, какъ напр. итальянскій, голландскій, португальскій и русскій, наряду со взяточничествомъ, оговариваютъ особо вымогательство, сообразно съ чѣмъ изъ опредѣленія понятія взяточничества отпадаетъ случай требованія подарка, который подходитъ подъ отдѣльное понятіе вымогательства. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что самое понятіе вымогательства въ современномъ законодательствѣ довольно разнообразно. Обще-нѣмецкому праву, какъ мы видѣли, было извѣстно понятіе «concessio», обнимавшее какъ вымогательство въ соб. смыслѣ, такъ и лихоимство; теперь такое содержаніе присуще итальянскому «concessione» (art. 169—170) и русскому вымогательству (ст. 377); французское дореволюціонное «concession» обнимало и взяточничество, и вымогательство, и лихоимство; теперь оно обнимаетъ только послѣднее (art. 174). Въ дальнѣйшемъ своемъ изложеніи мы сосредоточимъ свое вниманіе на анализѣ составовъ взяточничества и лихоительства, такъ какъ составы связанныхъ съ ними въ нѣкоторыхъ кодексахъ дѣяній рассмотрѣны при обзорѣ этихъ послѣднихъ.

Установленіе предѣловъ наказуемости взяточничества стоитъ въ зависимости отъ взгляда законодателя на то основное благо, которое въ данномъ случаѣ подле-

жить уголовно-правовой охранѣ; поэтому выясненіе вопроса объ объектѣ преступнаго дѣянія должно занимать центральное мѣсто при догматическомъ анализѣ состава преступнаго дѣянія.

Что же является объектомъ преступнаго дѣянія при взяточничествѣ и лихоимствѣ?

Отъ разрѣшенія этого вопроса зависитъ не только отмѣченное выше установленіе предѣловъ наказуемости, но и опредѣленіе взаимоотношенія между обоими дѣяніями. Оба эти вопроса не получили до сихъ поръ единодушнаго рѣшенія.

Сторонники отсутствія принципиальнаго различія между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями полагаютъ, какъ было сказано выше, что единственнымъ объектомъ тѣхъ и другихъ дѣяній является служебный долгъ, нарушаемый въ большей или меньшей степени; такъ какъ взяточничество является однимъ изъ должностныхъ преступленій, слѣдовательно и его объектомъ является служебный долгъ; такой именно взглядъ опредѣленно высказываютъ Квисторпъ, Клейнъ, Генке, Вехтеръ и Мевесъ¹⁾.

Иную точку зрѣнія отстаиваютъ тѣ, кто считаетъ возможнымъ провести принципиальное различіе между должностными преступленіями и дисциплинарными провинностями. По мнѣнію большинства сторонниковъ этого

¹⁾ См. Quistorp § 420: „Wenn besonders obrigkeitliche Personen oder andere öffentliche Beamte diejenigen Amtspflichten, die sie eigentlich umsonst verrichten sollten, aus gewinnsüchtigen Absichten verletzen, so machen solche Handlungen nach dem römischen Recht, das s. g. Crim. rep. oder Barattariae aus.“—Klein, § 530, 3: „Jede Verletzung der Amtspflicht aus Gewinnsucht (crim. rep. sive Barattariae) ist strafbar“...—Wächter, Lehrbuch, § 219: „Jede Amtspflicht eines Beamten ist s. z. s. Gegenstand des Verbrechens gleichviel ob ein der Amtspflicht widersprechendes oder ein schon durch dieselbe gebotenes Handeln des Beamten bewirkt werden sollte“ (S. 472). Henke, Handbuch d. Criminalrechts u. d. Criminalpolitik, III T., стр. 485. Meves, Holtzendorff's Handbuch, III/2, стр. 963 и слѣд.

взгляда, специальнымъ объектомъ взяточничества является одно изъ самыхъ существенныхъ условій государственной и общественной службы—начало безмездности служебныхъ дѣйствій. Оно должно быть признано существеннымъ, такъ какъ отъ надлежащаго его обезпеченія зависятъ не только законотѣрный вообще характеръ дѣятельности органовъ власти, но вмѣстѣ съ тѣмъ и безопасность разнообразныхъ и многочисленныхъ правовыхъ благъ, ввѣренныхъ органамъ власти. Такая точка зрѣнія на объектъ взяточничества особенно подробно развита въ германской литературѣ¹⁾, усвоена литературой французской²⁾ и итальянской³⁾, такъ что по справедливости она можетъ быть названа господствующей. Ее съ нѣкоторыми ограниченіями приняли составители нашего уголовного уложенія. «Постановка взяточничества въ законѣ, говорили они, зависитъ прежде всего отъ того принципа, который законъ прежде всего желаетъ подвергнуть охраненію. Этотъ принципъ можетъ быть или сравнительно узкій—преслѣдованіе продажности служебныхъ дѣйствій (подкупъ, Bestechung, corruptio) или безусловно широкій—воспрещеніе служащему не только торговли службою, но и принятіе отъ кого-бы то ни было какихъ-бы то ни было приношеній или вознагражденія, помимо принадлежащаго ему по законамъ о службѣ. Принятіе перваго принципа исключаетъ само собою изъ сферы взяточничества всѣ тѣ случаи, въ коихъ нѣтъ признаковъ подкупа съ одной стороны и продажи дѣйствія съ другой стороны... Проводя послѣдовательно этотъ принципъ, надлежало бы признать, что не будетъ взяточничествомъ

¹⁾ Oppenheim, *Objekte d. Verbrechens*, S. 362; Birkmeier, S. 311; Alkalay, S. 19, 85; Hofmeister, S. 7—8.

²⁾ Chauveau Hélie II, p. 613, n. 831; Garraud, *Traité*, IV, 68, 78—80, 90; Gonset, p. 40.

³⁾ Crivellari, *Comment.* V, 796, 800—801; 815, n. 95; 802, 804, 814, 820.

даже случай принятія такого подарка за безмездно учиненное нарушение служебнаго долга, т. е. когда безмездное дѣйствіе виновнаго было учинено съ нарушеніемъ его служебныхъ обязанностей. Принятіе второго принципа—нарушеніе закона о безмездности службы вообще и проведеніе его въ законѣ до крайнихъ предѣловъ приравняло-бы ко взяточникамъ даже такихъ людей, которымъ не рѣшится дать подобнаго наименованія никакая народная совѣсть, ибо люди эти могутъ быть въ глазахъ народа лучшими носителями добра и правды, лучшими дѣателями изъ числа органовъ государственнаго управленія... Исходя изъ этихъ соображеній комиссія сочла наиболѣе правильнымъ, положивъ въ основу проекта не начало подкупа или продажности служебныхъ дѣйствій, а принципъ безмездности службы вообще,—включить въ уголовный законъ лишь опасные и вредные, съ точки зрѣнія государственнаго управленія, случаи нарушенія онаго, съ отнесеніемъ всѣхъ остальныхъ въ область дисциплинарнаго устава»¹⁾.

Этой господствующей точкѣ зрѣнія—«римской» Биндингъ противопоставляетъ болѣе узкое пониманіе взяточничества, какъ подкупа, пониманіе, которое, по его мнѣнію, было свойственно древне-германскому праву, въ «leg. barbar.» и къ которому склоняется болѣе новое нѣмецкое законодательство, правда, не всецѣло и не вполне послѣдовательно. Германскій взглядъ на взяточничество, по

¹⁾ См. Объяс. Зап. т. VIII, стр. 481—482; въ этомъ случаѣ Объясн. Зап. воспроизводитъ дословно соображенія, высказанныя Неклюдовымъ, въ его ст. «Взяточничество и лихоимство» (Юрид. Лѣт. 1890 г. июнь, стр. 514—516); къ этому же взгляду на объектъ взяточничества присоединяется и г. Эстринъ въ ст. «Взяточничество» (Труды кружка уголовного права при С.-Петербургскомъ университетѣ, съ предисловіемъ и подъ ред. прив.-доц. М. М. Исаева, стр. 157). Въ окончательной редакціи проекта намѣченный комиссіей принципъ оказался проведеннымъ дальше, чѣмъ предполагала первоначально комиссія и всѣ возможные виды взяточничества оказались включенными въ уголов. кодексъ.

мнѣнію Биндинга, видитъ въ немъ «Bestimmungsverbrechen»; должностное лицо продаетъ волю государства покупателю, желающему ее приобрести; оно общается за деньги поставить волю подкупающаго на мѣсто воли закона; въ этой «торговлѣ неправдой» (Unrechtsgeschäft) заключается, по мнѣнію Биндинга, существенный моментъ взяточничества, который при римскомъ воззрѣніи на это дѣяніе замѣняется нѣсколькими формальнымъ признакомъ—нарушеніемъ принципа безмездности служебныхъ дѣйствій¹⁾.

По поводу отстаиваемой Биндингомъ точки зрѣнія можно сказать только то, что уже было отмѣчено комиссіей по составленію уголовного уложенія, т. е. что она страдаетъ узостью, вслѣдствіе чего при ней подлежатъ дѣйствию уголовной кары лишь наиболѣе тяжкіе случаи взяточничества—взяточничества-подкупа съ цѣлью учиненія противнаго долгу службы дѣйствія; но едва ли возможно ограничиваться только однимъ этимъ видомъ и устранять отъ дѣйствія уголовного закона случаи взяточничества-вознагражденія за услуги неправомѣрные и правомѣрные, уже оказанныя. Усвоеніе того или другаго принципа связано, слѣдовательно, съ установленіемъ болѣе узкихъ или болѣе широкихъ рамокъ для наказуемости. Самъ Биндингъ признается, что къ его точкѣ зрѣнія лишь склоняется болѣе новое германское законодательство, да и то не вполне послѣдовательно; это замѣчаніе можетъ быть принято лишь со значительной оговоркой, такъ какъ ограничительное толкованіе Биндинга смысла германскаго уложенія не раздѣляется большинствомъ германскихъ криминалистовъ. Въ дѣйствительности точки зрѣнія, развитой Биндингомъ, въ на-

¹⁾ См. Binding, Lehrbuch II, 2, S. 713 ff. Справ. Эстринъ, ук. ст. ст. 155—156.

стоящее время придерживаются далеко не все кодексы (французский, бельгийский, венгерский, датский, испанский, португальский и японский); значительная часть их на-мѣчаетъ болѣе широкіе предѣлы наказуемости, которые не укладываются въ рамки, указываемыя Биндингомъ. Но эти болѣе широкіе начала наказуемости вполне совме-стимы съ признаніемъ принципа безмездности служеб-ныхъ дѣйствій тѣмъ правовымъ благомъ, которое подлежитъ охранѣ при наказуемости взяточничества.

Съ точки зрѣнія охраны этого принципа можетъ быть признано недозволеннымъ и наказуемымъ не только взяточничество - подкупъ для учиненія дѣйствій, какъ противныхъ служебному долгу, такъ и правомѣрныхъ, но и взяточничество-вознагражденіе за услуги уже оказан-ныя, независимо отъ того, были-ли эти услуги неправомѣрны или правомѣрны.

Значительная часть законодательствъ усваиваетъ ука-занную точку зрѣнія въ большей или меньшей степени, и это вполне правильно. Съ точки зрѣнія уголовной поли-тики къ области наказуемыхъ дѣяній должны быть отно-симы дѣянія, заключающія въ себѣ вредъ болѣе или менѣе существенный согласно съ господствующими въ данную эпоху и при данныхъ общественно-политическихъ условіяхъ воззрѣніями. Но при этомъ нельзя забывать, что законодатель не только закрѣпляетъ то, что уже вылилось и окристаллизировалось въ народномъ сознаніи, что «законодатель долженъ стремиться поднимать и вести впередъ народное правосознаніе, устремляясь къ достижи-мому въ данное время идеалу, достижимому потому, что онъ уже живетъ въ сознаніи болѣе культур-ныхъ слоевъ даннаго народа». «Совершенно неправиленъ тотъ пріемъ, замѣчаетъ проф. Чубинскій, когда печаль-ные результаты вѣковой темноты народной, взгляды широкихъ массъ, во многихъ отношеніяхъ грубыхъ и

невѣжественныхъ, хотя и не по винѣ своей, безъ вся-кихъ коррективовъ выдають за истинно-народныя пра-вовыя и моральныя воззрѣнія»¹⁾. Съ народными взгля-дами необходимо сообразоваться и считаться при рас-сѣнкѣ отдѣльныхъ конкретныхъ дѣйствій и выборѣ мѣры отвѣтственности, но нельзя съ такими взглядами мириться, а тѣмъ болѣе подчиняться. Угроза наказаніемъ пробужда-етъ въ общественной психикѣ рядъ переживаній, которыя выражаютъ извѣстную отрицательную оцѣнку облагаемого наказаніемъ дѣянія, и считающійся съ этимъ дѣйствіемъ угрозы наказаніемъ уголовный политикъ не можетъ вы-пускать изъ рукъ этой мѣры, когда дѣло идетъ о дѣя-ніяхъ вредныхъ съ общественно-политической точки зрѣ-нія. «Каждая юридическая конструкція, замѣчаетъ проф. Розинъ, должна отвѣчать двумъ основнымъ требованіямъ. Она должна облекать въ точную юридическую форму тѣ фактическія (физическія, психическія, социальныя) явленія, которыя стремится регулировать. Съ другой стороны, она должна стоять на уровнѣ требованій куль-турной политики права въ смыслѣ повышенія успѣш-ности правовой борьбы съ вредными или опасными общественными явленіями и уменьшенія возможности косвенныхъ вредныхъ послѣдствій правовой регулировки житейскихъ отношеній»²⁾. Поэтому, съ точки зрѣнія тре-бованій здоровой уголовной политики, въ качествѣ право-охраняемаго блага при наказуемости взяточничества дол-женъ быть выставленъ принципъ безмездности служеб-ныхъ дѣйствій, и сообразно съ этимъ принципомъ должны быть сдѣланы выводы объ установленіи предѣловъ нака-зуемости этого дѣянія, т. е. должны быть признаны наказуемыми и взяточничество-вознагражденіе за услуги

¹⁾ См. Чубинскій, Курсъ уголовной политики, 2 изд. стр. 272.

²⁾ Н. Н. Розинъ, Объ оскорбленіи чести. 1910 г., стр. 132—133.

уже оказанныя, и взяточничество-подкупъ ради учиненія дѣйствій въ будущемъ, независимо отъ характера этихъ услугъ и этихъ дѣйствій. Суженіе указанныхъ предѣловъ въ томъ или другомъ направленіи способно вызвать неблагоприятныя послѣдствія.

Нельзя придавать рѣшающаго значенія моменту полученія взятки и ограничиваться наказуемостью только взяточничества-подкупа и освобождать отъ отвѣтственности уголовной взяточничество - вознагражденіе, такъ какъ моментъ дѣйствительнаго полученія заранее обусловленнаго или молчаливо подразумеваемаго и ожидаемаго подарка можетъ быть всегда отсроченъ до выполненія желательнаго для лиходателя служебнаго дѣйствія; эта отсрочка можетъ сдѣлаться обычной при длящихся отношеніяхъ между взяточникомъ и лиходателемъ, когда за одной сдѣлкой имѣется въ виду другая, когда между взяточникомъ и лиходателемъ устанавливается прочная связь, превращающая самое взяточничество и лиходательство въ дѣянія длящихся ¹⁾.

¹⁾ Картину взаимоотношеній взяточниковъ и лиходателей мастерски нарисовалъ С. А. Андреевскій въ своей рѣчи въ защиту Айканова по д. о злоупотребленіяхъ въ Таганрогской таможенѣ: „Я не стану ссорить двухъ лагерей защиты, говорилъ г. Андреевскій,—и говорить, что каждый чиновникъ—Бва, а каждый купецъ—змій. Кто кого соблазнилъ, не знаю, едва-ли этотъ вопросъ можетъ быть ярко выясненъ и послѣдовательно проведенъ черезъ все дѣло. Думаю, что все это учрежденіе, именуемое таможей, вся эта мѣстность—гавань и пакгаузъ, все это живой разсадникъ соблазна. Здѣсь для злой воли почти нѣтъ борьбы и преградъ; она впадаетъ въ грѣхъ легко и незамѣтно, точно во снѣ... И надъ этимъ ежедневнымъ вступающимъ и разливающимся богатствомъ, стражами отъ казны для взиманія громаднхъ суммъ поставлены люди съ ничтожнымъ жалованіемъ. Купецъ бы не рѣшился приставить къ такому дѣлу приказчика безъ щедрой награды за честность. И вотъ, эти предполагаемые противники—купецъ и чиновникъ,—окруженные только моремъ и небомъ, при ежедневныхъ встрѣчахъ, при постоянной совмѣстной работѣ, начинаютъ сближаться. Они почти вмѣстѣ живутъ. Весь берегъ покрытъ купеческими магазинами. Запираются они двумя ключами: одинъ ключъ у купца, другой у чиновника. Вскорѣ у этихъ людей образуется соединенный замокъ отъ совѣсти... И это вовсе

Равнымъ образомъ, не слѣдуетъ придавать значенія и характеру оказываемыхъ взяточникомъ услугъ и учиняемыхъ имъ ради лиходателя служебныхъ дѣйствій и

дѣлается не такъ, какъ говорилось здѣсь.—какъ можетъ казаться намъ на бумагѣ или изъ кабинета. Намъ, со стороны кажется, что вотъ къ достойному и непреклонному чиновнику подкрадывается незнакомый схищенный приказчикъ и, переминаясь съ ноги на ногу, шепотомъ склоняется должностное лицо къ злоупотребленію. Намъ кажется (при чемъ гнѣвъ и презрѣніе поднимаются у насъ внутри), что чиновникъ вмѣсто честнаго негодованія, съ пошловатымъ лицомъ, охотно продастъ свою честь этому соблазнителью... А на дѣлѣ вовсе не такъ. Этотъ соблазнитель вовсе не чужой человѣкъ, вовсе не робкій и схищенный подстрекатель: это человѣкъ свой, давнишній знакомый, почти что пріятель, хорошій собесѣдникъ, готовый безкорыстно помочь въ тяжелую минуту. Съ нимъ, за чаемъ, въ клубѣ, на биржѣ часто бываютъ интимныя бесѣды. Въ трудныхъ обстоятельствахъ онъ даетъ денегъ взаймы, будто по человѣчеству, невыговаривая себѣ за это ничего. Но вы понимаете, что, разъ это случилось, чиновникъ у него въ долгу, и не только деньгами, но и одолженіемъ. И вотъ просто и естественно, будто иначе и быть не можетъ, наступаетъ расплата пошпиной... Расплата, конечно, на первый разъ небольшая. Кажется: что натуральнѣе—услуга за услугу. Начинается съ мелочей и чиновникъ почти не чувствуетъ, что съ этого перваго грѣха, который онъ самъ себѣ простилъ, какъ мелкій и единственный, до другихъ частныхъ и крупныхъ грѣховъ переходъ дѣлается роковымъ образомъ, и что возврата уже нѣтъ. Устанавливается между купцомъ и чиновникомъ уже сближеніе на почвѣ позорной тайны. Языкъ у купцовъ и приказчиковъ развязывается, грязныя предложенія дѣлаются уже открыто, безъ обиняковъ—и развратъ идетъ и гуляетъ широкой дорогой. А кругомъ тишь и благодать, свои почти всѣ замѣнены и потому не доведутъ, деньги прибываютъ легко, и что всего поощрительнѣе—нигдѣ не видишь потерпѣвшихъ, не знаешь и никогда не встрѣтишь тѣхъ лицъ, у которыхъ отнимаешь эти деньги. Ибо отнимаешь ихъ у казны, а казна—море“. (Защитительныя рѣчи, стр. 336—338).

Гл. Военный Судъ въ рядѣ рѣшеній подчеркивалъ длящийся характеръ взяточничества. Въ рѣш. 1912 г. по д. Московской приемной комиссіи было опредѣленно высказано слѣдующее: „приговоръ суда устанавливаетъ цѣлый рядъ однородныхъ по составу преступныхъ дѣяній чиновъ Московской приемной комиссіи, учиненныхъ каждымъ въ отдѣльности на всемъ протяженіи періода пребыванія каждого въ составѣ комиссіи, при чемъ установленный приговоромъ характеръ этихъ преступныхъ дѣяній долженъ быть отнесенъ къ категоріи длящихся, т. е. такихъ, въ коемъ нарушеніе предписаній закона осуществляется въ рядѣ послѣдовательныхъ дѣйствій, истекающихъ изъ однороднаго умысла. При такомъ характерѣ преступленія всякое единичное конкретное опредѣленное преступленіе будетъ только однимъ изъ примѣровъ длящагося преступленія, а потому и упоминаніе одного или нѣсколькихъ примѣровъ не можетъ быть включено въ приговоръ, такъ

ограничивать наказуемость взяточничества случаями подкупа ради дѣйствій неправомѣрныхъ или вознагражденія за услуги неправомѣрнаго характера. Принципъ безмездности служебныхъ дѣйствій нарушается одинаково и при учиненіи за взятку или ради взятки и правомѣрныхъ служебныхъ дѣйствій ¹⁾).

Самый характеръ дѣйствій точно не устанавливается при соглашеніи и въ значительной мѣрѣ обуславливается послѣдующими обстоятельствами. Одинъ фактъ принятія взятки или согласія на ея получение способенъ уронить достоинство власти и чреватъ всякаго рода злоупотребленіями ²⁾).

Можно ли поручиться, что чиновникъ, принявшій взятку, если встрѣтитъ препятствіе или затрудненіе къ удовлетворенію желанія лиходателя закономѣрнымъ путемъ, безъ нарушенія своихъ обязанностей, не почтетъ

какъ послѣдній долженъ заключать всю совокупность учиненныхъ каждымъ нарушеній закона, перечисленіе же всѣхъ единично учиненныхъ преступленій, при массовомъ характерѣ ихъ практически неосуществимо и юридически безцѣльно“. Признаніе взяточничества дѣяніемъ, дѣлящимся на освобождаетъ, думается намъ, судъ отъ обязанности установить и перечислить отдѣльные случаи принятія взятки, хотя бы для опредѣленія общей суммы ихъ, которая отсылается въ Приказъ Общественнаго Призрѣнія или замѣняющее оный учрежденіе.

¹⁾ „Договоръ предложенія—принятія взятки, замѣчаетъ г. Эстринь (ук. соч. стр. 158—159) не совершается нотаріальнымъ порядкомъ; сплосъ да рядомъ не опредѣляется даже, чего ожидаетъ подкупившій отъ получившаго взятку, а если и опредѣляется, то напр. словами: „Вы, надѣюсь, устроите это дѣло?—Сдѣлаю что могу“. Поэтому, по мнѣнію Эстрина, введеніе въ составъ преступленія взяточничества вообще признака противоправности обѣщаемаго дѣйствія долгу службы означаетъ отказъ отъ серьезной борьбы съ административной коррупціей“.

²⁾ См. выше (стр. 316 и прим. 3, 4) разсужденія В. Carpozov'a, Leiser'a и Feuerbach'a. Въ подтвержденіе своей мысли Фейербахъ ссылается на слова Blackston'a: „грязный порокъ взяточничества, какъ скоро сдѣлаетъ первый шагъ, идетъ гигантскими шагами“ (L. IV, C. X, § 17) и Montesquieu: „тѣ которымъ ничего не даютъ, ничего не желаютъ; тѣ которымъ даютъ немного, вскорѣ желаютъ большаго, а затѣмъ многого“ (Esprit de lois, V, 17).—См. ук. ст. рус. пер. стр. 83.

«долгомъ чести» и даннаго слова выполнить все-таки обѣщанное, хотя бы при этомъ пришлось поступиться требованіями закона? По отношенію къ лицу, прикоснувшемуся уже къ взяткѣ, трудно быть увѣреннымъ, что онъ остановится въ раздумьѣ передъ дальнѣйшимъ нарушеніемъ требованій долга.

Не всѣ законодательства, какъ мы видѣли, допускаютъ наказуемость взяточничества въ указанныхъ предѣлахъ, то конструируя его какъ подкупъ, то устанавливая другія ограниченія наказуемости. Среди этихъ попытокъ сузить область уголовно-наказуемаго взяточничества слѣдуетъ отмѣтить довольно широко распространенный въ литературѣ взглядъ объ отнесеніи къ дисциплинарнымъ провинностямъ взяточничества-подкупа ради дѣйствій правомѣрнаго характера или, по крайней мѣрѣ, взяточничества-вознагражденія за услуги правомѣрнаго характера. Въ пользу такого ограниченія раздавались голоса какъ при выработкѣ прусскаго уголовного уложенія 1851 г., такъ и при обсужденіи обще-германскаго уложенія 1870 г. ¹⁾. По мнѣнію

¹⁾ (Goldammer, Materialien z. preuss. Strafgesetzbuche, B. II, S. 669, указываетъ, что при обсужденіи прусскаго уголовного уложенія высказывалось предположеніе объ ограниченіи уголовной наказуемости взяточничества-подкупа только при условіи склоненія къ неправомѣрнымъ дѣйствіямъ, но это предположеніе было оставлено, такъ какъ часто нельзя съ полной увѣренностью сказать, что должностное лицо имѣло въ виду только дѣятельность правомѣрную и что за полученіемъ взятки ради дѣйствій правомѣрныхъ не скрывается плутовства (Prellerei). Тоже повторилось и при разсмотрѣніи проекта обще-германскаго уложенія. При обсужденіи § 331 v. Schwarze отстаивалъ дисциплинарную отвѣтственность за взяточничество при правомѣрномъ характерѣ дѣятельности взяточника: „Sie dehnen die kriminelle Verantwortlichkeit der Beamten auf eine ganz unerhörte Weise aus, die weder im Interesse des Dienstes, noch im Interesse der Beamten selbst liegt. Nach der Fassung... sind Sie z. Beispiel nicht mehr imstande einem Eisenbahnschaffner oder einem Briefträger ein Trinkgeld zu geben, ohne diesen straffällig zu machen... Ich sollte glauben, solche kleinen Vergehen, so weil sie überhaupt der Erwähnung wert sind, werden besser der Rüge der vorgesetzten Behörde überlassen, als dass man deswegen den Kriminalrichter anruft

Неклюдова, «дѣяніе виновнаго слѣдовало бы считать или взяточничествомъ — если онъ принялъ даръ или обѣщаніе онаго прежде совершенія того дѣйствія, за которое они ему были сдѣланы, или дисциплинарнымъ нарушеніемъ — если онъ принялъ даръ или обѣщаніе послѣ совершенія служебнаго дѣйствія безъ всякихъ предварительныхъ соглашеній съ дарителемъ». На этой же точкѣ зрѣнія стояла и комиссія по составленію уголовного уложенія, полагавшая включить въ уголовный законъ лишь опасные и вредные съ точки зрѣнія государственнаго управления случаи нарушенія принципа безмездности служебныхъ дѣйствій, къ которымъ она не относила случай, указанный Неклюдовымъ ¹⁾. Но при послѣдующемъ пересмотрѣ проекта ²⁾ въ уголовное уложеніе были включены всѣ виды взяточничества, вытекающіе изъ начала безмездности служебныхъ дѣйствій. Это не только послѣдовательно съ точки зрѣнія усвоеннаго взгляда на объектъ взяточничества, но и правильно съ точки зрѣнія понятія должностнаго преступленія вообще и цѣлесообразно съ точки зрѣнія уголовной политики. По поводу такихъ границъ наказуемаго взяточничества высказывается соображеніе, что при нихъ обвиненіе во взяточничествѣ можетъ быть предъявлено къ каждому служащему, получившему «на чай», а обвиненіе въ лиходействѣ — къ каждому, кто

(Stenogr. Reichstagsberichte 1870, S. 744). Противъ наказуемости взяточничества-вознагражденія за услуги правомѣрнаго характера возражаетъ также Биндингъ, по мнѣнію котораго это ведетъ „zu einer grossen Zahl vollständig sinnloser Resultate, ganz besonders, soweit der Beamte nur eine nachträgliche Belohnung für durchaus pflichtmässiges, vielleicht sehr mühseliges amtliches Handeln annimmt. (L. B. II, 730), также см. Berner, L. B. S. 608; Hälschner, H. B. II, 1039—1040; Alkalay, 39; Teichmüller, 46; Hofmeister, 21; contra Birkmeyer, 332.

¹⁾ Неклюдовъ, ук. ст. стр. 522.

²⁾ Предст. Министра Юстиціи, стр. 287.

далъ эти «чаевыя» деньги. Для устраненія этихъ опасеній въ нѣкоторыхъ кодексахъ, какъ мы видѣли, содержится указаніе случаевъ дозволеннаго принятія подарковъ, какъ напр. болгарскомъ (§ 429), венгерскомъ (§ 466), вюртембергскомъ (§ 411); въ улож. о нак. подобная оговорка сдѣлана въ примѣчаніи къ ст. 372. Другіе кодексы съ тою же цѣлью вводятъ въ опредѣленіе взяточничества признакъ противоправности; напр. въ норвежскомъ (§ 112, 114), датскомъ (§ 117, 120) и въ цѣломъ рядѣ германскихъ партикулярныхъ кодексовъ. Наконецъ, Биркемейеръ предлагаетъ въ текстѣ самого закона указать на нарушеніе дѣяніемъ взяточника начала безмездности служебныхъ дѣйствій ¹⁾.

Въ противоположность этимъ способамъ ограниченія понятія наказуемаго взяточничества высказывается мысль о достижимости желаемой цѣли съ помощью болѣе ограничительнаго толкованія понятій, входящихъ въ составъ взяточничества; такъ путемъ толкованія, при которомъ для состава взяточничества необходимо установленіе причинной связи между полученнымъ даромъ и выполненнымъ по службѣ дѣйствіемъ или установленіе между ними отношенія эквивалентности (*Aequivalentsverhältniss*), устраняется возможность подведенія подъ понятіе взяточничества принятія «чаевыхъ» денегъ, принятія подарковъ, вызванныхъ чувствомъ признательности, дружбы, вѣжливости, родственными отношеніями ²⁾; путемъ болѣе строгаго толкованія понятія служебнаго дѣйствія, за которое принимается взятка, устраняется возможность квалифицировать, какъ взяточничество, принятіе подарковъ не за служебное дѣйствіе въ соб. смыслѣ этого слова, а

¹⁾ Birkmeyer, ук. соч., стр. 338: „Soweit er dadurch eine Käuflichkeit seiner Amtshandlungen an der Tag legt.“

²⁾ Hälschner, H. B. II, 1041; Binding, L. B. II, 732; Alkalay, ук. соч., стр. 39; Teichmüller, ук. соч., стр. 18, 19, 44; Hofmeister, ук. соч., стр. 17, 21.

за вліяніє на ходъ дѣла путемъ использованія своего служебнаго положенія (Privatgefälligkeiten)¹⁾; требуетъ, наконецъ, болѣе ограничительнаго толкованія и понятіе самой взятки.

Намъ представляется, что путь болѣе строгаго толкованія отдѣльных элементовъ состава взяточничества является наиболѣе правильнымъ и простымъ, ибо и самое сомнѣніе кажется нѣсколько схоластичнымъ.

Можно ли въ самомъ дѣлѣ взятку смѣшати съ чаевыми деньгами или подаркомъ, вызванномъ чувствомъ признательности, уваженія, расположенія? Преслѣдуя взяточничество, законодатель имѣетъ въ виду оградить одинъ изъ важнѣйшихъ устоевъ государственной и общественной службы; а отнюдь не заглушать въ гражданахъ чувство благодарности къ тѣмъ или другимъ органамъ власти, которые пробудили это чувство честнымъ исполненіемъ возложенныхъ на нихъ обязанностей. Каждый вдумчивый судья сумѣетъ прекрасно разобраться въ обстоятельствахъ дѣла и отличить дозволенное отъ недопустимаго. Какъ своеобразны отношенія и атмосфера, порождающія взяточничество, такъ же отличны положеніе дающаго «на чай» и положеніе «на чай» принимающаго, точно такъ же могутъ быть установлены и тѣ основанія, которыми вызваны подношенія и подарки...

Но если объектомъ взяточничества должно быть признано начало безмездности служебныхъ дѣйствій, то нельзя ли итти дальше и признать, что то же начало является и объектомъ лиходательства? Такая точка зрѣнія какъ-бы напрашивается сама собою и принимается; очевидно, тѣми кодексами, которые предусматриваютъ взяточничество и лиходательство рядомъ, въ отдѣлѣ о должностныхъ преступленіяхъ; напротивъ ея не раздѣ-

¹⁾ Alkalay, ук. гоч., стр. 40.

ляютъ тѣ кодексы, въ которыхъ постановленія о лиходательствѣ отдѣлены отъ постановленій о взяточничествѣ. Эта точка зрѣнія находитъ защитниковъ и въ литературѣ. Къ нимъ принадлежитъ прежде всего Биркмейеръ, по мнѣнію котораго, «виновникъ (лиходательства) стремится сдѣлать продажнымъ служебное дѣйствіе, или стараясь склонить къ продажѣ служебныхъ дѣйствій должностное лицо, или соглашаясь на предложеніе со стороны должностнаго лица купить служебное дѣйствіе». Къ Биркмейеру присоединяется Гофмейстеръ, указывающій, что въ данномъ случаѣ т. е. при лиходательствѣ дѣло идетъ о посягательствѣ на то же благо, что и при взяточничествѣ¹⁾. Также, повидимому, смотритъ на лиходательство Объясн. Записка къ проекту угол. улож. и объясненіе къ проекту 1911 г. о наказуемости лиходательства²⁾. Послѣдствіемъ принятія такого взгляда должно быть установленіе такихъ же предѣловъ наказуемости лиходательства, какъ и взяточничества, признаніе наказуемыми случаевъ оплаты оказанныхъ услугъ въ области служебной дѣятельности какъ правомѣрныхъ, такъ и неправомѣрныхъ. Правда, сторонники этого воззрѣнія стремятся нѣсколько ограничить послѣдовательное проведеніе усвоеннаго принципа, но всѣ эти ограниченія

¹⁾ См. Birkmeyer, S. 316; Hofmeister, ук. соч. „Freilich gehören aber beide (т. е. active и passive Bestechung) eng zusammen und müssen daher, wie es unser Strafgesetzbuch tut, auch gemeinsam geregelt werden, handelt es sich doch bei beiden um Angriffe auf dasselbe Rechtsgut: die Unentgeltlichkeit der Amtstätigkeit“ (стр. 4). Срав. также Фейербахъ, ук. ст. рус. пер. стр. 87. Costa, при обсужденіи проекта итал. улож. замѣтилъ: „bisogna chiudere la porta ai corruttori per non avere di funzionarii carrotti“ (Crivellari, V, 806).

²⁾ См. Объясн. Зап., т. II, стр. 319; объясненіе къ законопроекту о наказуемости лиходательства, стр. 15. Эту же точку зрѣнія раздѣляетъ и г-жа Рабиновичъ, по мнѣнію которой, „принципъ безмездности дѣйствительно можетъ имѣть значеніе только для служебныхъ дѣйствій, но этому не противорѣчитъ возможность косвеннаго (?) нарушенія его лицамъ неслужащимъ, путемъ склоненія или побужденія служащаго къ такому нарушенію“. Ук. ст. стр. 679.

являются до известной степени произвольными и не вытекающими изъ основного начала. Поэтому Биндингъ поступаетъ совершенно правильно, проводя грань между взяточничествомъ и лиходействомъ; по его мнѣнію, разница между взяточникомъ и лиходейцемъ такая же, какъ между продавцомъ и покупателемъ; лиходейство есть посягательство на служебную власть ¹⁾).

Въ признаніи единства объекта взяточничества и лиходейства отражается, повидимому, прежній взглядъ на эти дѣянія, какъ на единое дѣяніе.

Признаніе единства объектовъ взяточничества и лиходейства не соответствуетъ природѣ этихъ дѣяній: взяточничество — дѣяніе должностное, лиходейство — общее; между тѣмъ должностное преступное дѣяніе тѣмъ и отличается отъ общаго, какъ было выше указано, что объектъ его недоступенъ для посягательства частныхъ лицъ. Поэтому, если признавать, что объектъ взяточничества тотъ же, что и объектъ лиходейства, то придется далѣе признать одно изъ двухъ: или что взяточничество не есть должностное преступленіе, что противорѣчило-бы общепринятому взгляду, или что для опредѣленія понятія должностного преступленія необходимо искать какой либо другой признакъ, что опять противорѣчило-бы широко распространенному взгляду, по которому существуетъ известная группа благъ, доступныхъ для посягательства лишь опредѣленной категоріи лицъ, и что именно въ этой особенности нарушаемыхъ благъ заключается одна изъ отличительныхъ чертъ должностныхъ преступленій отъ общихъ. Если отказаться отъ этого признака различія, то придется искать его въ субъектахъ преступныхъ дѣяній т. е. возвратиться къ давно оставленному взгляду. Поэтому отстаивать тожде-

¹⁾ См. Binding, Lehrbuch, II, 2, S. 717.

ство объекта взяточничества и лиходейства для тѣхъ, кто раздѣляетъ существующіе взгляды на природу должностныхъ преступленій, прежде всего, непоследовательно. Кроме того, такое отождествленіе не соответствуетъ и фактическому положенію.

Логически можно представить себѣ слѣдующіе случаи лиходейства:

1) когда лиходейство является средствомъ для склоненія должностного лица къ учиненію какого-либо дѣянія или воздержанію отъ него, и

2) когда лиходейство является какъ бы платой за уже совершенное должностнымъ лицомъ; при этомъ какъ въ 1-мъ, такъ и во 2-мъ случаяхъ дѣятельность должностного лица, учиняемая подъ вліяніемъ мзды или оплачиваемая ею, можетъ носить характеръ законѣрный или, напротивъ, представлять болѣе или менѣе существенное нарушеніе служебнаго долга.

Ни одно изъ законодательствъ, какъ мы видѣли, не облагаетъ наказаніемъ лиходейства въ столь широкихъ размѣрахъ: наиболѣе широкія рамки наказуемости установлены германскимъ, голландскимъ, болгарскимъ и русскимъ уложеніями, но и въ нихъ не предусматриваются случаи лиходейства — платы за выполненіе служебныхъ дѣйствій, не заключающихъ въ себѣ нарушенія служебнаго долга, а уложенія австрійское, венгерское, датское, норвежское ограничиваютъ наказуемость лиходейства только случаями склоненія съ помощью мзды къ учиненію такихъ дѣйствій, кои представляютъ нарушеніе служебнаго долга. Несомнѣнно, что эти послѣдніе случаи являются наиболѣе распространенными на практикѣ, но нельзя сказать, что они являются и единственными, требующими законодательной нормировки.

Такое суженіе области наказуемаго лиходейства показываетъ, что объектомъ этого дѣянія отнюдь нельзя

считать начало безмездности служебныхъ дѣяній, т. е. то начало, о которомъ говорить въ большинствѣ случаевъ доктрина, а вслѣдъ за нею и Объяснит. Записка къ проекту уголовного уложенія и къ законопроекту 1911 г. Если бы это начало лежало дѣйствительно въ основѣ наказуемости лиходательства, то наказуемыми должны бы быть признаны всѣ мыслимые, указанные выше, случаи лиходательства, такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ начало безмездности служебныхъ дѣйствій терпитъ одинаковый ущербъ.

Вотъ почему слѣдуетъ признать, что при наказуемости лиходательства имѣется въ виду охрана иного блага.

Лиходательство представляетъ опасное явленіе въ жизни государства не потому, что оно идетъ въ разрѣзъ съ принципомъ безмездности служебной дѣятельности. Оно опасно и побуждаетъ государство принимать мѣры репрессіи въ силу того, что, благодаря лиходательству, страдаютъ или могутъ страдать самые разнообразныя государственныя, общественныя и частныя интересы. Ближайшимъ образомъ эти интересы могутъ быть опредѣлены, какъ такія, которые входятъ въ кругъ вѣдѣнія тѣхъ должностныхъ лицъ, на которыхъ направляется воздѣйствіе лиходателей. Лиходатель не посягаетъ на эти интересы прямо, но, при посредствѣ должностныхъ лицъ, ставитъ ихъ въ опасность. Внѣшняя безопасность государства страдаетъ отъ той или иной формы измѣннической дѣятельности, но она можетъ пострадать не меньше также и отъ того, что армія въ требуемый моментъ не будетъ имѣть надлежащаго снаряженія, благодаря скупленнымъ лиходателями-подрядчиками интендантамъ. Точно также и матеріальныя интересы населенія, страдающіе вслѣдствіе прямыхъ злоупотребленій органовъ власти, ставятся часто въ опасное положеніе, именно благодаря чуткости этихъ органовъ къ звону презрѣннаго металла въ рукахъ

лиходателей. Конечно, было бы болѣе чѣмъ сомнительно всегда вѣнчать лиходателю и взяточнику въ умышленную вину наступленіе тѣхъ вредныхъ послѣдствій, которыя явились результатомъ ихъ образа дѣйствій, но во всякомъ случаѣ сознаніе возможной опасности для государственныхъ и общественныхъ интересовъ лиходателямъ гораздо ближе, чѣмъ мысль объ охранѣ отвлеченнаго начала безмездности служебной дѣятельности.

Только съ точки зрѣнія этого взгляда на природу лиходательства можно, намъ кажется, говорить о наказуемости лиходательства вообще и обосновать эту наказуемость въ предѣлахъ, принятыхъ современнымъ законодательствомъ ¹⁾.

Съ этой точки зрѣнія лиходательство, какъ дѣяніе, подвергающее опасности общественныя и государственныя интересы, наказуемо безусловно, когда оно является средствомъ для склоненія должностнаго лица къ учиненію дѣянія незаконнаго и когда оно является платой за уже учиненное незаконнаго дѣяніе.

Напротивъ, съ этой точки зрѣнія не можетъ быть вопроса о наказуемости для случаевъ оплаты уже учиненныхъ служебныхъ дѣйствій, не заключающихъ въ себѣ элемента нарушенія служебнаго долга, т. е. тѣхъ случаевъ, которые и въ дѣйствительности нигдѣ не наказуемы, но ненаказуемость которыхъ представляется непослѣдовательной съ точки зрѣнія взгляда на лихода-

1) См. слѣды такого же воззрѣнія на природу лиходательства въ соображеніяхъ ред. комиссіи, т. II, стр. 319, 321—322. По мнѣнію Henke, предметомъ лиходательства „die öffentliche Ordnung im Staate, deren Aufrechterhaltung wesentlich dadurch bedingt ist, dass die öffentlichen Beamten die ihnen anvertraute Gewalt nur dem Zwecke des Staates gemäss und im Interesse der gesamten bürgerlichen Gesellschaft ausüben, nicht aber sie den besonderen Zwecken der Einzelnen dienstbar machen, oder auch nur zur Erfüllung ihrer Amtspflichten sich durch eigennützige Beweggründe bestimmen lassen“. См. Handbuch, III, § 182, S. 363.

тельство, какъ на нарушение начала безмездности служебныхъ дѣйствій¹⁾. — Но съ защищаемой нами точки зрѣнія на природу лиходеательства можетъ возникнуть сомнѣніе объ основаніи наказуемости тѣхъ случаевъ лиходеательства, гдѣ оно является средствомъ склоненія должностного лица къ такому образу дѣйствія, которое не заключаетъ въ себѣ нарушения служебнаго долга. Намъ кажется, что сомнѣніе это должно разсѣяться, какъ скоро мы обратимъ болѣе тщательное вниманіе на внутреннюю сторону лиходеательства. Дѣяніе это является умышленнымъ, и умыселъ лиходеателя въ томъ случаѣ, когда лиходеательство является средствомъ склоненія должностного лица къ учиненію какого-либо дѣйствія, заключается не только въ сознаніи совершаемаго²⁾, но и въ желаніи лиходеателемъ наступленія извѣстныхъ послѣдствій. Склоняя съ помощью взятки должностное лицо, лиходеатель можетъ или опредѣленно желать нарушения должностнымъ лицомъ своего служебнаго долга, или онъ

¹⁾ Birkmeyer такъ оправдываетъ ненаказуемость этого случая лиходеательства: „Dass der Amtsinhaber sich dieses (erlaubtes amtliches) Verhalten bezahlen lässt, ist eine strafbare Pflichtverletzung auf Seite des Amtsinhabers; dass der Private ihn dafür zahlt mag als Eigennutz, als scrupellose Wahrung seiner Privatinteressen unmoralisch sein, kann ihm aber nicht als strafbare Handlung zugerechnet werden, da er eben nicht in dem Verhältniss zum Staat steht, in welchem sich der Amtsinhaber befindet, und da er das Geschenk nur in der Absicht gibt, dass der Amtsinhaber seine Amtspflicht ausübe“. Уж. соч., стр. 317. Объяс. Зап. къ проекту въ оправданіе наказуемости этого случая ссылается на взглядъ Неклюдова, ссылающагося въ свою очередь на „народную совѣсть“, но приводимый имъ примѣръ имѣетъ характеръ не оплаты оказанныхъ услугъ отдѣльнымъ частнымъ лицамъ, а характеръ общественнаго чествованія по поводу всей вообще служебной дѣятельности лица, ничего общаго съ лиходеательствомъ не имѣющаго. См. Объясн. Зап. стр. 15; Юрид. Лѣтопись, 1890 г., стр. 515. Неклюдовъ — Взятничество и лиходеательство.

Съ нашей точки зрѣнія эти случаи лиходеательства также ненаказуемы, но только потому, что здѣсь нѣтъ поставленія въ опасность государственныхъ или общественныхъ интересовъ.

²⁾ Между прочимъ и въ сознаніи того, что уплата „мзды“ является незаконной.

можетъ, — и такіе случаи, думается намъ, болѣе часты, — прямо не желать этого, но допускать его, заранее соглашаясь на него. Вотъ именно такой характеръ направленія воли, подходящий подъ понятіе эвентуальнаго умысла (*dolus eventualis*), и рисуется намъ, какъ присущій лиходеателю въ томъ случаѣ, когда онъ склоняетъ должностное лицо къ учиненію какого-либо служебнаго дѣйствія, не заключающаго въ себѣ нарушения служебнаго долга. Для лиходеателя, въ видахъ достиженія какихъ-либо корыстныхъ или иныхъ личныхъ цѣлей, важно заручиться содѣйствіемъ должностного лица, имѣть въ немъ не врага, а союзника; затѣмъ, какъ осуществится это содѣйствіе, въ какой конкретной формѣ оно выразится, будетъ ли при этомъ нарушенъ служебный долгъ, или все обойдется съ соблюденіемъ требованій закона, — для лиходеателя не представляетъ существеннаго значенія; онъ даже можетъ твердо и не знать, гдѣ кончается граница дозволеннаго и начинается область преступнаго. Для него можетъ быть даже желательнѣе, чтобы все было «по закону», такъ какъ тогда ему легче добиться содѣйствія нужнаго человека, но онъ очень хорошо знаетъ правило житейской мудрости, что «всякому закону бываетъ премѣненіе» и т. п., и охотно соглашается на всякое такое «премѣненіе», лишь бы оно послужило ему на пользу¹⁾.

Такого рода презумпція лежитъ въ основѣ тѣхъ законодательныхъ опредѣленій, которыя караютъ лиходеательство, какъ средство склоненія къ учиненію какого-

¹⁾ По мнѣнію Hälschner, Handbuch, II, 2 стр. 1045; Meyer, стр. 826; Alkalay, у. с., стр. 56, *dol. eventualis* при лиходеательствѣ имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если намѣреніе лиходеателя было направлено на то, чтобы путемъ мзды достигнуть извѣстной цѣли въ опредѣленномъ дѣлѣ, и онъ предоставляетъ самому должностному лицу рѣшить, поскольку эта цѣль достижима правомѣрнымъ или неправомѣрнымъ путемъ.

либо дѣянія, независимо отъ того, какой характеръ носить это дѣяніе, закономѣрный или нѣтъ: въ одномъ случаѣ лиходатель дѣйствуетъ *cum dolo directo* поставленія въ опасность государственныхъ или общественныхъ, или частныхъ интересовъ, въ другомъ *cum dolo eventuali* подобнаго рода поставленія.

Среди случаевъ лиходательства должны быть выдѣлены тѣ, гдѣ лиходательство является склоненіемъ какого-либо должностнаго лица къ опредѣленному преступному дѣянію. Когда это преступное дѣяніе дѣйствительно учинено должностнымъ лицомъ или, хотя бы только начато своимъ выполненіемъ, и когда оно такого рода, что участіе въ немъ частнаго лица исполнѣ возможно, въ этомъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло съ обыкновеннымъ соучастіемъ: должностное лицо—виновникъ, лиходатель—подстрекатель, даръ—взятка играетъ роль средства подстрекательства. Но если должностное лицо осталось непреклонно передъ соблазномъ или когда дѣло шло о склоненіи къ преступному дѣянію, участіе въ коемъ частнаго лица не возможно, въ этомъ случаѣ нельзя уже говорить о соучастіи, остается одно лиходательство или оконченное, или покушеніе на него.

Отстаивая такой взглядъ на объектъ лиходательства, мы конечно, не можемъ признать правильной точку зрѣнія русскаго законодательства, которое до самаго послѣдняго времени отрицательно относилось къ самому принципу наказуемости лиходательства. Основаніемъ такого отношенія являлось соображеніе, что «опредѣленіе въ законѣ отвѣтственности для лиходателей имѣетъ своимъ послѣдствіемъ невозможность изобличенія самихъ взяточниковъ¹⁾. Къ этимъ разсужденіямъ можетъ быть присоединенъ взглядъ г. Пушкарева, который находитъ, что «логическимъ пу-

¹⁾ Въ статьѣ: „Къ вопросу о лиходательствѣ“ (Суд. Газ. 1895, № 16).

темъ отъ созданія изъ лиходательства преступленія *sui generis* въ защиту нетвердаго характера должностнаго лица пришлось бы прійти къ обложенію наказаніемъ и всякаго рода неисчислимымъ соблазнамъ, благодаря которымъ частныя лица впадаютъ въ преступленія... предложеніе нарушить законъ, оставшееся безъ послѣдствій, ненаказуемо, потому что представляетъ собою только «обнаруженіе умысла» на нарушеніе запрета... если нельзя не согласиться съ безнаказанностью того, кто по какой-либо причинѣ остановится на попыткѣ найти себѣ соучастника въ преступленіи, то на какихъ юридическихъ данныхъ конструировать изъ безрезультатнаго предложенія должностному лицу взятки преступленіе *sui generis*?

Отвѣтомъ на эти сомнѣнія могутъ быть высказанныя выше соображенія, а также соображенія редакціонной комиссіи: «подкупъ къ такимъ злоупотребленіямъ службою, которая почитается преступленіемъ или проступкомъ нельзя не признать заслуживающимъ наказанія, такъ какъ при этомъ виновный не только вредитъ правильнымъ дѣйствіямъ государственнаго организма, чрезъ порчу или развращеніе его агентовъ, но и прямо причиняетъ вредъ юридическимъ интересамъ, охраняемымъ государственными законами, вредитъ имъ, благодаря тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, которыя учинены подкупленнымъ. Важность этого вреда такова, что соображеніе о процессуальной трудности доказывать виновность лихоимцевъ при наказуемости лиходателей теряетъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, свое значеніе»¹⁾.

¹⁾ См. Объяс. Зап. т. II, стр. 319. Отмѣчая совершенно правильно вредъ лиходательства для «юридическихъ интересовъ, охраняемыхъ государственными законами», комиссія едва ли была права въ утвержденіи, что, «сохраняя нѣкоторыя особы постановленія о наказуемости нѣкоторыхъ тяжкихъ случаевъ лиходательства, комиссія... въ существѣ сохраняетъ и начала, удержавшіяся въ нашемъ уложеніи послѣ закона 27 дек. 1865 г.,

Въ своихъ замѣчанияхъ на проектъ уголовного улож. Петроградское юридическое общество съ полнымъ основаніемъ утверждало, что «съ точки зрѣнія уголовной политики опредѣленіе наказанія за лихохательство, быть можетъ, является не менѣе важнымъ, чѣмъ обложіе наказаніемъ лихоимцевъ» ¹⁾.

Наконецъ, въ пользу наказуемости лихохательства много говоритъ и единодушіе въ этомъ вопросѣ западно-европейскаго законодательства.

Отъ основнаго взгляда на разсматриваемыя дѣянія въ значительной мѣрѣ зависитъ и разрѣшеніе вопроса о ихъ взаимоотношеніи, вопроса о томъ, являются-ли взяточничество и лихохательство только двумя сторонами одного и того же дѣянія и лихохатель соучастникомъ взяточника, или же каждое изъ этихъ дѣяній должно быть разсматриваемо, какъ «*delictum sui generis*»? Въшняя близость или даже тѣсная связь взяточничества съ лихохательствомъ толкали научную мысль въ сторону первой конструкціи, въ сторону признанія взяточника и лихохателя связанными узами необходимаго соучастія. Съ исторической точки зрѣнія эта конструкція, какъ мы видѣли,—плодъ сравнительно позднѣйшаго времени; римское право стояло на точкѣ зрѣнія обособленія этихъ деликтовъ: одно подходило подъ понятіе «*crimen repetund.*», другое подъ понятіе «*crimen falsi*». Сліяніе ихъ происходитъ въ эпоху реценціи римскаго права и наиболѣе полно выражается въ старо-итальянскомъ и обще-нѣмецкомъ

такъ какъ ст. 107 проекта, по существу своему, соотвѣтствуетъ ст. 382, представляя только нѣсколько обобщенную ея форму; въ дѣйствительности, измѣненіе заключается не только въ обобщеніи формы, но и въ расширеніи объема дѣянія и въ отнесеніи его къ совершенно иной группѣ посягательствъ, вслѣдствіе чего лихохательство приобрѣло характеръ дѣянія особаго и самостоятельнаго отъ взяточничества. Ст. 382, какъ мы видѣли, отводитъ лихохательству совершенно иное мѣсто.

¹⁾ См. Объяс. Зап. т. VIII, стр. 476.

правѣ, гдѣ оба дѣянія извѣстны подъ однимъ общимъ названіемъ «*crimen barattariae*» или «*corruptionis*». Такое же сліяніе было извѣстно, какъ мы видѣли, и нашему законодательству, въ эпоху Свода законовъ.

За объединеніе этихъ дѣяній ранѣе другихъ высказались писатели, стоящіе на почвѣ обще-нѣмецкаго права; съ многими изъ нихъ мы имѣли возможность познакомиться при обзорѣ доктрины обще-нѣмецкаго права. Большинство ихъ даже не останавливается на вопросѣ о взаимоотношеніи взяточничества и лихохательства, предполагая единство ихъ понятнымъ само собою. Болѣе отчетливо это единство подчеркивается Абеггомъ, который опредѣляетъ взяточничество, какъ общаніе или предоставленіе съ одной стороны и принятіе выгоды съ другой стороны, чѣмъ должно обуславливаться направленіе воли чиновника въ отношеніи содѣянія или опущенія чего либо, входящаго въ кругъ его служебныхъ обязанностей; онъ, а также Темме называютъ лихохателя совиновникомъ взяточника; Гефферъ говоритъ о двойномъ преступленіи (*Doppelverbrechen*) ¹⁾.

На этой же точкѣ зрѣнія объединенія взяточничества и лихохательства стоитъ и Каррара, который опредѣляетъ взяточничество, какъ договоръ продажи, заключенный между частнымъ лицомъ и должностнымъ, относительно дѣйствія, входящаго въ компетенцію этого послѣдняго, которое должно быть выполнено бесплатно; такимъ образомъ, въ этомъ преступленіи всегда двое виновныхъ, но взаимоотношеніе ихъ Каррара опредѣляетъ не какъ совиновничество (*coautori*), но какъ виновничество на сторонѣ должностнаго лица и пособничество на сторонѣ лихохателя ²⁾. Взглядъ этотъ преобладалъ при

¹⁾ Abegg, Lehrbuch § 492, S. 624—625; Temme, Lehrbuch § 238, III; Heffter, Lehrbuch, § 545.

²⁾ Programma, p. a. V, § 2545: «*corruzione—la vendita conclusa tra un*

выработкѣ проекта итальянскаго уложенія и отразился на постановленіяхъ этого послѣдняго.

Защитникомъ такого же объединенія является Гарро, по мнѣнію котораго въ отношеніи къ даннымъ дѣяніямъ возможны двѣ системы: въ силу первой системы «*corruption*» рассматривается, какъ преступленіе сложное, которое необходимо предполагаетъ стеченіе двухъ лицъ, одинаково виновныхъ и наказуемыхъ: дающій взятку—совиновникъ берущаго ее должностнаго лица; по второй системѣ «*corruption*» рассматривается, какъ двойное преступленіе—подкупленнаго должностнаго лица и подкупающаго, причемъ каждое изъ этихъ лицъ можетъ быть наказано отдѣльно и независимо другъ отъ друга. Самъ Гарро склоняется въ пользу первой системы, признавая ее болѣе рациональной: лицо, побуждающее должностное лицо предложеніями, обѣщаніями, подарками и приношеніями нарушить законъ, и должностное лицо, уступающее подкупу, должны быть рассматриваемы, какъ совиновники, къ которымъ слѣдуетъ примѣнить одно и то же наказаніе, такъ какъ дѣяніе, въ которомъ они оба принимали участіе слагается изъ двухъ частей—предложенія и принятія и «*corruption*» можетъ быть признано оконченнымъ, какъ скоро предложеніе было принято¹⁾.

Наконецъ, этотъ взглядъ имѣлъ приверженцевъ среди защитниковъ ученія о т. н. необходимомъ соучастіи—ученіи, для котораго взаимоотношеніе взяточничества и лиходеательства могло служить и наглядной иллюстраціей, и подкрѣпленіемъ. Въ своей монографіи, посвящен-

privato e un pubblico ufficiale di un atto appartenente al ministero di questo, che di regola dovrebbe essere gratuito". Взятничеству, Каррара противопоставляетъ прелюбодѣніе; при которомъ оба виновника находятся въ отношеніи совиновничества, такъ какъ тутъ идетъ дѣло о „la corruzione del corpo", сущность же взяточничества заключается въ „corruzione dell'animo del magistrato"—§ 2559.

¹⁾ См. Garraud, Traite, t. IV, § XLIII, n. 1176.

ной специально вопросу о необходимомъ соучастіи, Шютце заявляетъ, что данный деликтъ представляется основой для защищаемой имъ теоріи, что онъ является настоящимъ «*Mehrheitsdelikt*», въ которомъ предоставленіе (дара) и принятіе (его) въ совокупности образуютъ составъ единого недѣлимаго деликта¹⁾. Здѣсь нѣтъ надобности останавливаться на этомъ, къ счастью, оставленномъ уже, искусственномъ измышленіи, такъ какъ и самая попытка объединенія этихъ двухъ деликтовъ встрѣчаетъ рѣшительный отпоръ въ литературѣ. Такъ Биркмейеръ указываетъ на рядъ практическихъ затрудненій, неизбежно связанныхъ съ рассматриваемой конструкціей:

1) взяточникъ, въ видѣ общаго правила, заслуживаетъ болѣе суровой кары, чѣмъ лиходеатель, какъ лицо, на коемъ лежатъ особыя обязанности, и которое въ силу своего служебнаго положенія заслуживаетъ большаго довѣрія; при взглядѣ же на нихъ, какъ соучастниковъ, они, съ точки зрѣнія господствующаго ученія о соучастіи, должны быть подвергаемы равной отвѣтственности;

2) лиходеатель долженъ быть наказанъ и тогда, когда должностное лицо отказалось отъ принятія взятки, съ точки зрѣнія соучастія это тоже недопустимо; равнымъ образомъ и взяточникъ, требующій взятку, долженъ быть наказанъ, хотя бы ему въ этомъ было отказано;

¹⁾ Schütze, Notwendige Teilnahme: „Es liegen vielmehr nur vor zwei sich begegnende und in Zusammentreffen, nämlich im Abschlusse der rechtswidrigen Uebereinkunft, sich vereinende Thätigkeiten je eines Subjects: das Geben und das Nehmen zu verbrecherischen Zweck, welche im Zusammenstoß den Thatact eines untheilbaren Delicts bilden... Wenn irgendwo, so ist eben hier jener einfache Begriff der Mitthäterschaft zutreffend.—Das Wesen jeder Uebereinkunft, also auch der unerlaubten oder gar gesetzwidrigen, fordert Ergänzung der Handlung des eines Subjects durch die des Anderen... Wenn irgendwo, so ist eben hier die geistige Einwirkung der Mittäter auf einander von entscheidender Bedeutung für die Beurtheilung der Mitschuld. Corruption ist ein überwiegender geistiger Begriff... (S. 339. 340). Справ. Teichmüller, op. c. 15; Gonset, op. c. 41; Crivellari, V., 820, 821; Pessina, III, 62; Carrara, Programma, parte speciale, V, § 2559.

3) при объединеніи взяточничества и лиходательства лиходатель долженъ быть наказуемъ и при склоненіи должностного лица къ правомѣрнымъ дѣяніямъ и при вознагражденіи за оказанныя услуги ¹⁾.

Всѣ эти указанія, по существу вѣрныя, не представляются однако убѣдительными, такъ какъ равная отвѣтственность соучастниковъ не является положеніемъ общепризнаннымъ; далѣе, о зависимости отвѣтственности одного лица отъ другого возможно говорить лишь при наличности всѣхъ требуемыхъ условий соучастія и въ частности соглашенія между участвующими лицами, что какъ разъ отсутствуетъ въ рядѣ отмѣчаемыхъ Биркмейеромъ случаевъ. Но Биркмейеру и трудно было выдвигать какія либо инныя основанія, болѣе принципиальнаго характера, такъ какъ онъ отстаиваетъ единство нарушаемаго блага въ обоихъ дѣяніяхъ. При условіи единства нарушаемыхъ обоими дѣяніями благъ, при наличности между дѣйствующими лицами соглашенія взаимоотношеніе взяточника и лиходателя могли бы быть, дѣйствительно, конструированы, какъ отношенія соучастниковъ, но въ виду отсутствія этихъ условій оба эти дѣянія приходится разсматривать, какъ отдѣльныя и самостоятельныя. Связь между ними—чисто внѣшняя; въ цѣломъ рядѣ уголовныхъ кодексовъ оба эти дѣянія разсматриваются совершенно особо, а примѣръ нашего уложенія о нак. показываетъ, что можетъ быть объявлено наказуемымъ лишь одно взяточничество, а лиходательство совершенно изъято изъ области дѣйствія уголовного закона.

Необходимое соучастіе требуетъ взаимнаго содѣйствія выполнению какого-либо преступнаго дѣянія, поддержки активной, а не одного пассивнаго поведенія,

¹⁾ Birkmeyer, op. c. S. 322; Hofmeister, op. c. S. 52—53.

между тѣмъ какъ при взяточничествѣ и лиходательствѣ бываютъ случаи (напр., предложенія взятки или требованія ея), когда другая сторона совершенно бездѣйствуетъ. Если въ лиходательствѣ, склоняющемъ съ помощью взятки должностное лицо къ учиненію какого либо незаконнаго по службѣ дѣйствія, и можно усмотрѣть нѣкоторыя черты подстрекательства, то къ какой категоріи соучастниковъ можно отнести лиходателя, оплачивающаго уже оказанныя должностнымъ лицомъ услуги? Его нельзя отнести даже къ категоріи пособниковъ ¹⁾.

Вообще слѣдуетъ замѣтить, что наказуемость лиходательства и взяточничества не покрываетъ другъ друга, и господствующее въ наукѣ понятіе соучастія въ примѣненіи къ ихъ взаимоотношеніямъ должно потерпѣть рядъ весьма существенныхъ оговорокъ и ограниченій. Въ силу этихъ соображеній представляется болѣе правильнымъ разсматривать эти дѣянія, какъ вполне самостоятельныя ²⁾.

О связи взяточничества и лиходательства, о взяточникѣ и лиходателѣ, какъ соучастникахъ, можно говорить лишь въ томъ случаѣ, когда даръ дается, чтобы склонить должностное лицо къ учиненію какого либо преступнаго

¹⁾ Hälschner (op. c. стр. 1044): Какъ взяточничество можетъ быть учинено путемъ односторонней дѣятельности должностного лица, путемъ требованія имъ мзды, точно также и лиходательство—путемъ односторонней дѣятельности лиходателя, такъ какъ законъ караетъ и считаетъ достаточнымъ для состава оконченнаго дѣянія одно предложеніе подарка или обѣщаніе доставленія какой либо выгоды. Teichmüller, Die Bestechung, стр. 15.

²⁾ Взаимоотношеніе взяточничества и лиходательства—лишнее доказательство неудовлетворительности господствующей доктрины соучастія: въ отношеніяхъ взяточника и лиходателя съ внѣшней стороны какъ будто есть все необходимое для соучастія, между тѣмъ достаточно взглянуть на внутреннюю сторону ихъ дѣятельности, чтобы убѣдиться въ полномъ разнообразіи настроеній дѣйствующихъ лицъ: на сторонѣ взяточника корыстолюбіе и только корыстолюбіе, на сторонѣ лиходателя—возможны мотивы самыя разнообразныя. Ср. напр. ст. 403 испанскаго улож.

дѣянія, которое послѣднимъ предпринимается или даже учиняется; но въ этомъ случаѣ нѣтъ взяточничества и лиходеательства въ соб. смыслѣ, а есть преступное дѣяніе, задуманное лиходеателемъ и выполненное склоненнымъ къ его учиненію съ помощью взятки должностнымъ лицомъ.

Такова сущность взяточничества и лиходеательства, предѣлы ихъ наказуемости и ихъ взаимоотношеніе. Теперь намъ слѣдуетъ перейти къ разсмотрѣнію отдѣльных элементовъ состава этихъ дѣяній.

§ 2. Виновникъ взяточничества. Виновникъ взяточничества, помимо общихъ условій вмѣняемости, требуемыхъ для виновника всякаго преступнаго дѣянія, долженъ обладать еще особыми свойствами.

Исходя изъ установленнаго выше опредѣленія взяточничества, какъ должностнаго преступления, слѣдуетъ признать, что виновникомъ его можетъ быть только тотъ, кто вообще способенъ быть субъектомъ должностнаго преступления. Таковыми мы признали лицъ, которыя въ силу лежащихъ на нихъ особыхъ полномочій публично-правового характера находятся къ государственнымъ, общественнымъ и частнымъ интересамъ въ такомъ положеніи, которое даетъ имъ возможность причинять вредъ или ставить эти интересы въ опасность. Только эти лица, пока они обладаютъ указанными полномочіями, могутъ быть виновниками должностныхъ преступленій.

Подъ это опредѣленіе подойдутъ всѣ возможныя категоріи виновниковъ, упоминаемая положительнымъ законодательствомъ въ отношеніи взяточничества, кругъ которыхъ обрисовывается то болѣе широко, то болѣе узко.

Всѣ существующіе кодексы въ числѣ возможныхъ виновниковъ упоминаютъ въ первую очередь должностныхъ лицъ—чиновниковъ; другіе считаютъ нужнымъ выдѣлить особо и упомянуть специально органы судебныя,

и наконецъ, третьи, не довольствуясь этимъ, еще болѣе расширяютъ этотъ кругъ, указывая на повѣренныхъ и защитниковъ (болгарское), переводчиковъ (итальянское), экспертовъ, оценщиковъ и вообще лицъ, облеченныхъ общественнымъ довѣріемъ (венгерское, испанское, португальское, французское). Изъ указанныхъ системъ опредѣленія круга возможныхъ виновниковъ заслуживаетъ предпочтенія та, которая дѣлаетъ это въ наиболѣе обобщенной формѣ, ибо всякое конкретное перечисленіе можетъ вызвать упрекъ въ казуистичности, часто сопряженной съ проблемами. Съ этой точки зрѣнія наибольшаго вниманія заслуживаетъ формулировка итальянскаго уложенія и проектъ сѣверо-американскаго уложенія¹⁾.

Выдѣленіе въ особый видъ взяточничества судебного, принятое большинствомъ современныхъ кодексовъ можетъ быть объяснено исторически, такъ какъ судебное взяточничество наиболѣе старый видъ взяточничества. Какое либо другое основаніе, кромѣ исторической традиціи, для такого выдѣленія найти трудно, ибо при достаточно широкихъ рамкахъ судейскаго усмотрѣнія всегда можетъ быть выбрана мѣра наказанія, соответствующая тяжести этого вида взяточничества; тѣ же случаи судебного взяточничества, которые осложняются неправоудіемъ, должны быть отнесены къ этому послѣднему дѣянію, такъ какъ въ немъ лежитъ центръ тяжести, а полученный даръ имѣетъ значеніе лишь обстоятельства квалификующаго²⁾.

¹⁾ Въ итальянскомъ уложеніи наряду съ „publici officiali“ поставлены „coloro che sono rivestiti di pubbliche funzioni“, а проектъ уг. улож. сѣв.-американ. штатовъ опредѣляетъ возможнаго виновника взяточничества въ sec. 70: „Whoever being an officer of the United States, or a person acting for or on behalf of the U. St. in any official capacity under or by virtue of the authority of any department or office of the Government thereof“.

²⁾ Katzenstein справедливо указываетъ, что судебное взяточничество и подкупъ судьи являются дѣяніями, направленными противъ интересовъ

Наибольше широко намѣченъ кругъ возможныхъ виновниковъ взяточничества въ французскомъ уложеніи (art. 177), гдѣ упоминаются не только эксперты и арбитры, но и «*personne, investie d'un mandat electif*», благодаря чему, какъ справедливо замѣчаютъ французскіе криминалисты, утрачивается взглядъ на взяточничество, какъ на дѣяніе, посягающее на начало безмездности служебныхъ дѣйствій¹⁾. Было-бы правильнѣе отнести всѣ эти дѣянія къ другимъ группамъ посягательствъ—противъ правосудія, противъ избирательнаго права и т. д.²⁾.

Всѣ указанные лица могутъ быть виновниками взяточничества, пока они обладаютъ особыми полномочіями, дающими имъ возможность посягать на начало безмездности служебныхъ дѣйствій, и при условіи принятія ими даровъ за услуги, оказанныя въ предѣлахъ ихъ компетенціи.

Особый характеръ дѣянія исключаетъ возможность участія въ немъ частныхъ лицъ. Дѣятельность этихъ послѣднихъ даетъ основаніе для конструкціи самостоятельнаго дѣянія—лиходательства, участіе въ которомъ открыто для всѣхъ, безъ ограниченія. Впрочемъ, нѣкоторые старые кодексы, а изъ современныхъ испанское уложение (art. 396) и наше уложение о нак. (ст. 372, 2;

правосудія. См. Katzenstein—Die richterliche Bestechung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XXIII, стр. 168.

¹⁾ Такое расширеніе круга возможныхъ виновниковъ во французскомъ уложеніи произошло постепенно въ силу зак. 1863 и 1889 г. 4 июля; м. Chauveau - Hélie, II, 636, n. 846; Garraud, Traite, IV, 63; Garçon, art. 177.

²⁾ См. рѣш. Сената 70/314 по д. Субочева. Но здѣсь Сенатъ подвелъ подъ понятіе долж. лица—письмоводителя мир. судьи, а не признавъ, что виновникомъ взяточничества можетъ быть и лицо частное. Совершенно правильно полагаетъ Эстринь, что всякаго рода сдѣлки, заключаемыя частнымъ лицомъ во вредъ ихъ представителей, могутъ быть конструированы, какъ злоупотребленіе довѣріемъ или влечь за собою взысканіе причиненныхъ вреда и убытковъ въ гражд. порядкѣ, но не могутъ быть подводимы подъ понятіе взяточничества, хотя съ внѣшней стороны онѣ могутъ быть и похожи на взяточничество.—См. Эстринь, ук. ст. 168.

376) говорить о принятіи подарка виновнымъ должностнымъ лицомъ чрезъ другихъ лицъ, причемъ эти лица никакой отвѣтственности не подлежатъ. Дѣятельность этихъ лицъ ограничивается пріемомъ отъ лиходателя и передачей взяточнику подарка. Отъ этихъ случаевъ слѣдуетъ отличать болѣе активное посредничество, безкорыстное или корыстное, которое конструируется какъ *del. sui generis* и влечетъ за собой уголовную отвѣтственность; виновниками такого посредничества могутъ быть какъ должностныя (ст. 380 улож. о нак., 660 ст. угол. улож.), такъ и частныя лица (ст. 272⁴ улож. о нак.).

§ 3. Объектъ взяточничества. Объектомъ взяточничества въ смыслѣ блага, охраняемаго нормой права, является, какъ было выше указано, начало безмездности служебныхъ дѣйствій. Это начало является тѣмъ объектомъ, который Оппенгеймъ называетъ «*Shutzobjekt*». Но наряду съ объектомъ правовой охраны въ преступномъ дѣяніи имѣется еще ближайшій объектъ, то, что Оппенгеймъ называетъ объектомъ дѣйствія (*Handlungsobjekt*), надъ чѣмъ непосредственно учиняется преступное дѣяніе или что создается преступленіемъ. Въ отношеніи взяточничества нельзя говорить о такомъ объектѣ, надъ которымъ-бы проявилось дѣйствіе виновнаго; вѣдь взяточникъ часто не проявляетъ активности, онъ изъясняетъ согласіе на принятіе подарка или выгоды, или принимаетъ ихъ; только въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе взяточника выливается въ форму требованія подарка или выгоды, можно говорить о свободѣ чловѣка, стѣсняемой въ своихъ проявленіяхъ, какъ объ объектѣ дѣйствія (*Handlungsobjekt*) взяточника¹⁾. Поэтому здѣсь

¹⁾ Кромѣ «*Handlungsobjekt*» Оппенгеймъ различаетъ еще «*Handlungsmittel*» и можно было бы думать, что свобода чловѣка представляетъ только средство для посягательства на чужое имущество, но въ отношеніи къ вымогательству Оппенгеймъ объектомъ посягательства называетъ «*die*

можетъ быть рѣчь только о тѣхъ дѣйствіяхъ должностного лица, которыя, учиняются послѣднимъ за взятку. Дѣйствіе мы понимаемъ здѣсь въ широкомъ смыслѣ не только содѣянія, но и опущенія. Учиняемое виновнымъ за взятку или ради взятки дѣйствіе должно быть прежде всего дѣйствіемъ служебнымъ, т. е. быть служебной обязанностью лица, возложенной на него закономъ или специальной инструкціей¹⁾, должно входить въ компетенцію данного лица. Это условіе является необходимымъ для состава взяточничества. Оно опредѣленно оговаривается въ рядѣ уголовныхъ кодексовъ, какъ напр. въ русскомъ, германскомъ, австрійскомъ, голландскомъ, болгарскомъ, и особенно подчеркивается во французскомъ и итальянскомъ правѣ²⁾.

genötigte Person". См. ук. соч., стр. 281. О свободѣ судебной воли (Die Freiheit des richterlichen Willens in der Ausübung der Rechtspflege) говоритъ Katzenstein, какъ о непосредственномъ объектѣ посягательства не только при лиходействѣ, но и при судебномъ взяточничествѣ. Какъ недопустимо членовредительство въ цѣляхъ уклоненія отъ воинской повинности, точно такъ же не должно быть допущено подчиненіе свободы судебной воли чужому частному воздействию, ибо она лишь въ незначительной степени представляетъ собственный интересъ судьи, но является въ значительной своей части интересомъ государственнымъ. — См. Katzenstein, ук. соч., стр. 197. Если можно согласиться съ первой частью конструкціи Katzenstein'a, то вторая ея часть — въ отношеніи взяточничества представляется совершенно неприемлемой, какъ искусственное измышленіе, превращающее судью со всей его свободой внутреннего убѣжденія въ подчиненный и связанный велѣніями государства органъ.

¹⁾ См. Birkmeier, ук. соч., стр. 849; Nischner, ук. соч., стр. 1080; Meves, ук. соч., стр. 966; Alkalay, ук. соч., стр. 40; Teichmüller, ук. соч., стр. 46; Hofmeister, ук. соч., стр. 18.

²⁾ Ст. 372 улож. о нак. говорить: „по дѣлу или дѣйствию, касающемуся до обязанностей его по службѣ“; ст. 373: „для учиненія чего либо противнаго обязанностямъ службѣ“; „прежде... нарушенія своихъ по службѣ обязанностей“; ст. 377: „по дѣламъ службѣ“, „по касающемуся до службы или должности виновнаго въ томъ лица дѣлу или дѣйствию“. Ст. 656 улож. о нак.: „за учиненное, входящее въ кругъ его обязанностей по службѣ, дѣйствіе“; также въ ст. 657, ст. 659: „по дѣлу, могущему подлежать его разсмотрѣнію“. § 331 герман. улож. говорить о „in das Amt einschlagende Handlung“, Vorentwurf — о „Amtshandlung“; Cod. pénal, art. 177: „un act de

Отвѣтъ на вопросъ, входитъ или не входитъ данное дѣйствіе въ компетенцію должностного лица можетъ быть данъ лишь на основаніи выясненія содержанія предѣловъ его компетенціи. Во всякомъ случаѣ служебному дѣйствию въ указанномъ смыслѣ должно быть противопоставлено дѣйствіе, учиняемое должностнымъ лицомъ за взятку, но внѣ предѣловъ его служебной компетенціи; тутъ должностное лицо пользуется своимъ вліяніемъ, своимъ положеніемъ, но отнюдь не злоупотребляетъ своими служебными полномочіями, въ частности въ отношеніи взяточничества не учиняетъ того, что французы называютъ «un trafic illicite»¹⁾.

sa fonction ou de son emploi" (abs. 1) „un act qui entraine dans l'ordre de ses devoirs" (abs. 1); art. 179: „un acte du ministère du fonctionnaire“, „un acte qui rentrait dans l'exercice de ses devoirs“. По толкованію французской доктрины и судебной практики подъ этими выраженіями закона слѣдуетъ подразумѣвать: „un acte commis dans l'exercice des fonctions; un acte qui fait partie des attributions légales du fonctionnaire en un mot, un acte de sa compétence" (Chauveau-Hélie, II, 626, n. 837; Garraud, IV, 66, n. 1181). Совершенно правильно указанные авторы замѣчаютъ, что въ данномъ случаѣ дѣло идетъ не о „acte de fonctionnaire“, а о „acte de la fonction" (ibidem). Они обосновываютъ свое толкованіе на слѣдующихъ соображеніяхъ: „la prévarication du fonctionnaire n'apporte à l'Etat un véritable danger que lorsqu'elle est commise dans l'exercice des fonctions et à l'occasion d'un acte de ses fonctions“. Въ этомъ условіи, т. е. при дѣятельности внѣ своей компетенціи „cette prévarication peut sans doute léser des tiers, mais elle ne menace l'Etat d'aucun péril, puisqu'elle ne peut prêter à la fraude aucune force légale“. Итальянск. улож. въ art. 171—173 говорить о „per un atto del suo ufficio, per ritardare od omettere un atto del suo ufficio“. Доктрина и практика толкуетъ эти выраженія закона слѣдующимъ образомъ: „L'atto dev'essere di quelli che sono sottoposti alla sua attività come parte integrante dell'ufficio a lui affidato; — un atto entro i limiti della sua competenza in esplicazione della sua potestà; — un atto che entri direttamente nella competenza proprio del pubblico ufficiale“. При дѣятельности внѣ предѣловъ своей компетенціи нельзя говорить о „abuso d'ufficio, poiché l'abuso presuppone l'uso" (Crivellari, V, 789, n. 69; 814, n. 92; Bertola, 728, n. 11, 729, 732; Carrara, Programma, parte speciale, V, § 2553).

¹⁾ Германская доктрина и практика стоятъ на той же точкѣ зрѣнія, что французская и итальянская; см. напр. Alkalay, 40: „Weder solche Handlungen, die zwar zu den amtlichen Functionen des Beamten nicht gehören, aber jedoch durch Einsetzung seines amtlichen Einflusses oder seiner amtlichen

Учиняемое за взятку дѣйствіе должно быть безмезднымъ, такъ какъ если оно будетъ платнымъ, то взиманіе за него установленной закономъ платы устранитъ составъ взяточничества, а взиманіе платы въ размѣрѣ выше установленнаго превратитъ дѣяніе въ лихоимство. Безмездный характеръ дѣйствія, въ виду указаннаго выше объекта взяточничества, подразумѣвается самъ собою, поэтому большинство современныхъ кодексовъ обходятъ этотъ признакъ молчаніемъ; но нѣкоторые считаютъ нужнымъ особо упомянуть о немъ; такъ напр. болгарское улож. говоритъ о «подаркѣ или вознагражденіи, гдѣ таковыя не полагались» (ст. 428, 1); итальянское — о «неслѣдуемомъ», «неподлежащемъ» (art. 171); норвежское — о «неправомѣрной выгодѣ» (§§ 112 и 114); датское — о «выгодѣ, на которое должностное лицо не имѣло права» (§§ 117, 120)¹⁾. Особымъ указаніемъ этого признака законодатель стремится отдѣлить отъ взяточничества случаи дозволеннаго полученія подарковъ, но какъ выше было указано, эта цѣль можетъ быть достигнута инымъ путемъ, путемъ болѣе строгаго толкованія элементовъ, входящихъ въ составъ взяточничества.

Учиняемое должностнымъ лицомъ за или ради взятки дѣйствіе можетъ быть правомѣрнымъ или неправомѣрнымъ. Наше улож. о нак. говоритъ: «хотя и безъ всякаго въ чемъ-либо нарушенія обязанностей» (ст. 372) и «для учиненія или допущенія чего-либо противнаго обязанностямъ службы» (ст. 373); угод. улож. говоритъ объ «учиненіи преступнаго дѣянія или служебнаго проступка»

Autorität vorgenommen werden, noch Privatgefälligkeiten, welche der Beamte in Veranlassung seines Amtes ausser und neben demselben erweist, können darunter (Amtshandlung) subsumirt werden“.

¹⁾ Въ проектѣ ред. комиссіи признакъ безмездности дѣйствія точно также былъ указанъ, но затѣмъ, при дальнѣйшемъ обсужденіи проекта, Особ. Присут. Госуд. Совѣта онъ, какъ излишній, былъ отброшенъ.

(ст. 656). Нѣкоторые законодательства ограничиваютъ наказуемость взяточничества лишь дѣйствіями неправомѣрными (голландское, норвежское), другія создаютъ изъ случаевъ принятія дара за дѣянія правомѣрныя особый деликтъ — недозволенное принятіе подарка¹⁾.

Дѣйствіе носитъ характеръ правомѣрный, если оно формально и матеріально соотвѣтствуетъ требованіямъ закона или специальнымъ инструкціямъ, регулирующимъ данную отрасль служебной дѣятельности, и наоборотъ, оно неправомѣрно, когда оно не удовлетворяетъ указаннымъ условіямъ, напр. тюремный надзиратель освобождаетъ вѣреннаго ему арестанта, прокуроръ не возбуждаетъ преслѣдованіе и т. п. Но возможны случаи и весьма часто, что должностному лицу предоставленъ извѣстный просторъ, свободное усмотрѣніе какъ для принятія или непринятія того или другого дѣйствія, такъ и для выбора между нѣсколькими дѣйствіями, напр. между нѣсколькими мѣрами пресѣченія. Границы этого свободнаго усмотрѣнія, этой дискреціонной власти администраціи устанавливаются въ положительномъ законодательствѣ весьма разнообразно, но обойтись безъ начала свободы дѣйствій административныхъ органовъ, невозможно, вслѣдствіи самаго существа административной власти²⁾. Поэтому вопросъ о характерѣ дѣйствія должностнаго лица является, такимъ образомъ, какъ-бы преюдиціальнымъ вопросомъ, отъ разрѣшенія его и слѣд. признанія даннаго дѣйствія закономѣрнымъ или, напротивъ, незаконномѣрнымъ зависитъ квалификація дѣянія взяточника и отчасти дальнѣйшее направленіе дѣла. Дѣйствіе можетъ быть признано неправомѣрнымъ, если

¹⁾ Объ отнесеніи этого дѣянія къ области дисциплинарной неправды и вообще о границахъ уголовно-наказуемаго взяточничества; см. выше стр. 494 и слѣд.

²⁾ Бар. Корфъ, Административная юстиція, т. II, 490, 492.

должностное лицо руководствуется не интересами дѣла, не соображеніями пользы и цѣлесообразности, а какими либо иными личными мотивами и выгодами. Съ внѣшней формальной стороны его дѣяніе будетъ вполне законно, по существу же оно противоправно. Такъ напр. органъ полиціи или судебный органъ, уполномоченные принимать мѣры задержанія, могутъ не пользоваться предоставленнымъ имъ правомъ, если признаютъ примѣненіе этой стѣснительной мѣры излишней. Но если при рѣшеніи вопроса о принятіи или непринятіи мѣры задержанія они будутъ руководствоваться не обстоятельствами даннаго случая и не интересами дѣла, а мотивами корыстными, полученнымъ или ожидаемымъ даромъ, то дѣйствіе ихъ будетъ противно долгу, хотя бы объективно, съ внѣшней стороны оно и было вполне обосновано ¹⁾. Такимъ образомъ, дѣйствіе будетъ противоправно, какъ скоро по обстоятельствамъ дѣла выяснится, что оно вызвано мотивами и соображеніями, несоотвѣтствующими интересамъ службы.

Вопросъ о томъ, можетъ ли неправомѣрное дѣйствіе сохранять свой служебный характеръ, долженъ быть рѣшенъ утвердительно. Служебный характеръ дѣйствія опредѣляется предѣлами компетенціи и соблюденіемъ установленныхъ закономъ формъ и обрядовъ. Вполнѣ законное съ внѣшней стороны, удовлетворяющее всѣмъ требованіямъ формы такое дѣйствіе можетъ быть неправильно по существу т. е. противорѣчить тѣмъ цѣлямъ и задачамъ управленія, ради которыхъ оно предпринимается.

Неправомѣрное служебное дѣйствіе, учиненное подъ вліяніемъ взятки, можетъ служить основой для само-

¹⁾ Teichmüller, ук. соч., стр. 28; Hofmeister, ук. соч., стр. 27; Alkalay, ук. соч., стр. 46.

стоятельнаго деликта; примѣрами такихъ деликтовъ могутъ служить дѣянія, предусмотрѣнные въ ст.ст. 364, 492, 493, 805 и др.

Такимъ образомъ, взятка можетъ быть вознагражденіемъ или средствомъ для склоненія къ учиненію дѣйствія по службѣ правомѣрнаго, неправомѣрнаго—противнаго обязанностямъ службы или даже преступнаго. Редакціонная коммиссія по составленію проекта уголовного уложенія при обсужденіи этого вопроса нашла, что наиболѣе цѣлесообразнымъ представлялось бы противоположеніе «дѣянію, входящему въ кругъ его обязанностей по службѣ»—«учиненіе въ кругъ его обязанностей преступнаго дѣянія или служебнаго проступка», такъ какъ, по мнѣнію коммиссіи, такія опредѣленія дѣйствій, какъ «незаконное и несправедливое» (*illegitime et injuste*), какъ «нарушеніе обязанностей и долга службы» или «дѣйствія, противнаго обязанностямъ службы», не выражаютъ существа сего преступленія (взяточничества) и представляются не вполне точными. Коммиссія полагала, что и выраженія Свода зак. о «послабленіи силы закона» и текстъ уложенія о наказаніяхъ (ст.ст. 373, 374, 375) имѣютъ въ виду опредѣленно или преступное дѣяніе или служебную провинность ¹⁾.

Можно согласиться съ коммиссіей, что выраженія: «незаконное» или «несправедливое» недостаточно опредѣлительны. Несомнѣнно также, что и Сводъ законовъ и уложеніе о нак., говоря о послабленіи силы закона или объ учиненіи чего либо, противнаго обязанностямъ службы, имѣютъ въ виду и преступное дѣяніе и служебную провинность, учиняемая за взятку, но употребляемые ими выраженія представляются и болѣе широкими, и вслѣдствіе этого болѣе приемлемыми. При такой формулировкѣ

¹⁾ Объяс. Зап. т. VIII, стр. 503—504.

виды взяточничества были бы строго другъ отъ друга отграничены и противопоставлены; при формулировкѣ же комиссіи эта грань стирается и нѣкоторые случаи нарушенія за взятку обязанностей службы или долга службы отойдутъ къ простому взяточничеству, такъ какъ, говорить комиссія, «не всякое нарушеніе сихъ обязанностей, равно какъ и не все противное имъ можно считать всегда и безусловно обстоятельствомъ, усиливающимъ наказуемость простого взяточничества». Въ замѣчаніяхъ на проектъ Петроградское Юридическое Общество находило формулировку комиссіи лишеною основанія и предлагало признать квалифицированнымъ принятіе или получение взятки за всякое нарушеніе служебныхъ обязанностей¹⁾.

Уголовные кодексы, выделяющіе въ особый видъ взяточничество судебное, обычно обрисовываютъ дѣятельность взяточника болѣе конкретно, а иногда даже и казуистично, напр. итальянское улож. говоритъ о покровительствѣ или причиненіи вреда интересамъ одной стороны въ гражданскомъ дѣлѣ или интересамъ обвиняемаго въ уголовномъ дѣлѣ, о постановленіи приговора о лише-

¹⁾ Конечно,—заявляло П. Юрид. Общество, нарушить обязанность службы не можетъ означать ничего другого, какъ то, что изложено въ приведенномъ мѣстѣ, но это вовсе не такъ мало. Комиссія упустила изъ виду, что рѣчь идетъ о взяткѣ за такое „простое“ нарушеніе,—значить о корыстномъ нарушеніи или намѣреніи и о нарушеніи по побужденію, несовмѣстному съ долгомъ службы, т. е. о нарушеніи, никогда не могущемъ быть простымъ, о такомъ, котораго мѣсто не можетъ быть въ дисциплинарномъ уставѣ. Комитетъ считаетъ долгомъ высказаться самымъ энергичнымъ образомъ противъ „опрошенія“ даже самыхъ незначительныхъ по существу нарушеній, за будущее совершеніе которыхъ должностное лицо приемлетъ добротный даръ лиходателя. И непонятно, почему комиссія не сочла нужнымъ считаться съ тѣмъ существенной важности обстоятельствомъ, что разъ частное лицо находитъ для себя выгоднымъ платить продажному чиновнику за незначительное нарушеніе служебныхъ обязанностей,—то одно это доказываетъ, что это нарушеніе въ данномъ случаѣ имѣетъ существенное значеніе, связано съ интересами частного лица,—есть однимъ словомъ, кривда“. (Св. зам. стр. 192. Цит. по Объяс. Зап. т. VIII, стр. 505, прим.).

ніи свободы на срокъ свыше 1 года (art. 172, 2, 3); португальское уложеніе говоритъ о произнесеніи по уголовному дѣлу приговора, принятіи мѣры, подачѣ голоса въ пользу или во вредъ кого либо (art. 319)¹⁾; но наряду съ такой системой формулировки дѣятельности судебного органа, виновнаго во взяточничествѣ, другіе кодексы (венгерскій § 467, датскій § 120) пользуются для этого той же формулой, что и при остальныхъ видахъ взяточничества. Эта послѣдняя система, какъ болѣе простая, заслуживаетъ предпочтенія, но вмѣстѣ съ тѣмъ она свидѣтельствуетъ, что возможно вообще обойтись безъ спеціальнаго выдѣленія судебного взяточничества, учитывая болѣе тяжкую виновность судьи-взяточника при выборѣ мѣры наказанія.

§ 4. Внѣшняя сторона взяточничества. Обрисовка внѣшняго состава взяточничества, какъ можно усмотрѣть изъ обзора законодательства, довольно разнообразна. Дѣйствіе взяточника съ внѣшней стороны характеризуется то какъ заявленіе требованія дара, то какъ согласіе на принятіе дара предложеннаго, то какъ принятіе дара и, наконецъ, какъ учиненіе служебнаго дѣйствія съ цѣлью получить даръ или за даръ уже полученный. Подъ требованіемъ слѣдуетъ понимать опредѣленно или съ помощью какихъ либо дѣйствій заявленное притязаніе на получение дара. Согласіе на принятіе дара также можетъ быть выражено опредѣленно или съ помощью какихъ либо дѣйствій и относится обыкновенно, къ дару обѣщанному. Наконецъ, принятіе дара имѣетъ мѣсто при его доставкѣ; оно также можетъ быть выражено или опредѣленно, или молчаливо, путемъ напр.

¹⁾ См. выше болгарское улож. (ст. 430), голландское (art. 364), германское (§ 334), французское (art. 177), норвежское (§ 114).

невозвращения присланного дара ¹⁾. Вследствие такого разнообразия въ обрисовкѣ дѣйствій взяточника моментъ окончанія взяточничества относится то къ болѣе ранней, то къ болѣе поздней стадіи развитія преступной дѣятельности. Въ этомъ отношеніи въ положительномъ законодательствѣ можно намѣтить нѣсколько системъ:

1) система односторонняго заявленія о готовности продать служебную дѣятельность за извѣстную мзду или правильнѣе система требованія мзды за служебную дѣятельность; съ точки зрѣнія этой системы для окончанія дѣянія достаточно выраженія такой готовности и слѣд. нельзя говорить о покушеніи; моментъ окончанія отодвигается къ такой ранней стадіи въ виду того, что дѣятельность виновнаго приобрѣтаетъ явно настойчивый характеръ;

2) система двухсторонняго соглашенія, при которой для окончанія дѣянія требуется не только одностороннее

¹⁾ Поэтому неполно и неточно опредѣленіе взяточничества, сдѣланное Неклюдовымъ, какъ „принятіе добровольной мзды, необязательной и въ глазахъ лиходателя“ (Юрид. Лѣтопись, 1890, іюнь, стр. 491). Подъ понятіе взяточничества подходитъ не только принятіе мзды, но и соизволеніе на принятіе, не только мзды, но и обѣщаніе ея, не только принятіе добровольно приносимаго, но и требованіе мзды. Уложеніе о нак. (ст. 372) приравнивало взяточничеству-мздоимству невозвращеніе подарка, полученнаго безъ изъясненія предварительнаго согласія, въ теченіе трехъ дней. Въ уголовномъ уложеніи 1903 г. этотъ случай особо не оговаривается на томъ основаніи, что установленіе такого условія для освобожденія отъ отвѣтственности за взяточничество можетъ сопровождаться тягостными послѣдствіями для людей честныхъ, неимѣвшихъ возможности въ силу какихъ либо обстоятельствъ выполнить требованіе закона, и напротивъ чрезвычайно льготно для дѣйствительныхъ взяточниковъ, успѣвшихъ въ срокъ возвратить взятку въ случаѣ ея огласки. Цѣль, которую преслѣдовалъ законодатель, устанавливая это правило, — не отрывать путей отступленія для раскаявшихся можетъ быть достигнута примѣненіемъ общаго правила о добровольно оставленномъ покушеніи (См. Объяс. Зап. т. VIII, стр. 511). Новая редакція ст. 372 по зак. 31 января 1916 г. говоритъ о „немедленномъ“ представленіи подарка начальству и „во всякомъ случаѣ при первой возможности“. Требованіе немедленнаго возвращенія и уничтоженія 3-хъ льготныхъ дней, несомнѣнно, являются существеннымъ улучшеніемъ содержанія закона.

выраженіе готовности продать служебную дѣятельность, но и согласіе принять предложенный даръ т. е. требуется наличность необходимыхъ элементовъ сдѣлки: оферта, акцепта и единенія воли; при этой системѣ къ стадіи покушенія можетъ быть отнесено одностороннее заявленіе должностнаго лица, но обыкновенно этому заявленію предшествуетъ предложеніе со стороны лиходателя, встрѣчаемое сочувственно или отрицательно; въ первомъ случаѣ имѣетъ мѣсто дѣяніе оконченное, во второмъ — составъ дѣянія отсутствуетъ. Эта система наиболѣе соответствуетъ взгляду на взаимоотношеніе взяточничества и лиходательства, какъ на взаимоотношеніе необходимыхъ соучастниковъ, поэтому она особо поддерживается сторонниками этого воззрѣнія;

3) система реализаціи двухсторонняго соглашенія въ формѣ дѣйствительнаго принятія поднесеннаго дара; одно соглашеніе, не сопровождавшееся дѣйствительнымъ врученіемъ дара, съ точки зрѣнія этой системы можетъ быть рассматриваемо, какъ покушеніе; наконецъ,

4) система, требующая для окончанія дѣянія не только принятія дара на основаніи состоявшагося соглашенія, но и учиненія того дѣянія, ради котораго даръ былъ врученъ.

Наиболѣе распространенной изъ всѣхъ этихъ системъ является вторая — система соглашенія. Всего послѣдовательнѣе она проведена въ итальянскомъ уложеніи и усвоена итальянской доктриной и итальянской судебной практикой. Признакомъ окончанія дѣянія является заключеніе «contratto», «patto», «accordo» ¹⁾. Къ этой же си-

¹⁾ Crivellari: la corruzione si consuma colla pattuizione, V, 790, n. 69; 815, n. 94; 816, n. 99; 820, n. 101; Zanardelli: il delitto si consuma, quando il pubblico ufficiale stipula e conchiude il turpe mercato (Crivellari, V, 808, n. 88); Bertola: la corruzione si consuma coll'accordo delle due volonta (732, 12; 731, 731); Carrara: che il delitto di baratteria si consuma col contratto. (t. V, § 2555); Pessina, III, 66. Также и др., напр. Impallomeni, Mojno, Brusa.

стемъ примыкаетъ и французское уложеніе, которое говоритъ о тѣхъ «qui aura agréé des offres ou promesses» (art. 177) ¹⁾ и улож. бельгійское (ст. 246).

Что касается первой системы, то она была усвоена тѣми кодексами, которые въ составъ взяточничества включаютъ требованіе подарка, какъ напр. нѣкоторыми партикулярными нѣмецкими кодексами (саксенъ-альтенбургскимъ, ст. 312; ганноверск. ст. 357 1 и 2; тюрингенск. ст. 308; прусск. ст. 309, 310; саксонск. ст. 363; баварск. ст. 366), датскимъ (ст. 117—120), норвежскимъ (§§ 112—114, 128), германскимъ (§§ 331, 332, 334, 1) и друг.; тамъ же, гдѣ требованіе подарка составляетъ содержаніе вымогательства, какъ напр. въ итальянскомъ «concessione» (art. 169, 170), эта система примѣнима въ отношеніи къ этому послѣднему ²⁾.

Третья система усвоена голландскимъ (ст. 362—364) и болгарскимъ улож. (ст. 428—430), а четвертой слѣдуютъ лишь кодексы кантоновъ Швицъ (ст. 116) и Цугъ (ст. 51, 1).

Слѣдуетъ, впрочемъ, оговориться, что, такъ какъ каждый изъ кодексовъ знаетъ всегда нѣсколько видовъ взяточничества, составы которыхъ представляютъ нѣкоторыя отличія, въ каждомъ кодексѣ можно усмотрѣть слѣды нѣсколькихъ системъ; такъ напр. по отношенію къ опущенію французское улож. (ст. 177, 2) для окончанія требуетъ дѣйствительнаго неучиненія должнаго; въ германскомъ уложеніи имѣются слѣды какъ первой («fordern»), такъ второй («sich versprechen lassen») и

¹⁾ Garçon: la corruption existe, dès que le pacte a été conclu (art. 177, n. 177), le crime est consommé par l'acceptation des offres corruptrices" (n. 147). Garraud, IV, 57, 58: Dans la corruption active, comme dans la corruption passive, le delit est consommé, dès que le trafic illicite a été conclu; 79, 80: Ce qui caractérise, en effet cette forme d'infraction, c'est le trafic, la convention illicite.

²⁾ Crivellari, V, n. 50 и слѣд.

третьей системъ («annehmen»). Наше право и въ улож. о нак., и въ уголов. уложеніи говоритъ о принятіи взятки, поэтому, казалось бы, слѣдовало признать, что оно придерживается третьей изъ изложенныхъ выше системъ, но въ дѣйствительности въ виду ст. 376 улож., говорящей объ изъясненіи желанія или согласія, и замѣчанію Объяс. записки къ проекту уголов. уложенія, что моментъ окончанія дѣянія опредѣляется, «не только какъ дѣйствительное полученіе имущества или обязательства на имущество, или какъ уничтоженіе обязательства, но и какъ изъясненіе согласія на принятіе дара» ¹⁾, необходимо заключить, что наше право придерживается системы соглашенія. Отступленіе представляютъ только постановленія о вымогательствѣ, гдѣ для окончанія дѣянія требуется дѣйствительное полученіе взятки; дѣятельность же предшествующая этому моменту признается покушеніемъ, наказуемость котораго въ уголов. улож. специально оговаривается въ ст.ст. 657 и 658, ч. 2.

Какая же система заслуживаетъ предпочтенія и можетъ быть рекомендована законодателю?

Биркмейеръ высказывается въ пользу первой, признавая, что послѣдняя система идетъ дальше цѣли охраны принципа безмездности служебныхъ дѣйствій; только первая система является наиболѣе послѣдовательной и соотвѣтствующей разуму закона: правовое благо безмездности служебныхъ дѣйствій уже при этомъ подвергается посягательству или ставится въ опасность, слѣдовательно уже въ этотъ моментъ можно говорить объ окончаніи дѣянія. Зачѣмъ ждать съ примѣненіемъ наказанія, пока служебное дѣйствіе будетъ куплено въ дѣйствительности, если желательно противодействовать этой покупке. Въ силу этого соображенія многія законодательства прирав-

¹⁾ Объяс. Зап. т. VIII, стр. 507.

ниваютъ покушеніе по наказуемости окончанію (см. прусское ст. 311, австрійское ст. 105, датское ст. 121 и норвежское ст. 128) ¹⁾).

Объектомъ взяточничества, какъ было выше указано, является начало безмездности служебныхъ дѣйствій. Для окончанія дѣянія вообще требуется, чтобы начало это было нарушено или поставлено въ опасность. Если о нарушении этого блага можетъ быть рѣчь лишь съ момента заключенія сдѣлки, т. е. полученія мзды и послѣдующаго учиненія служебнаго дѣйствія или, *vice versa*, учиненія служебнаго дѣйствія и послѣдующей оплаты его, то для поставленія даннаго блага въ опасность достаточно опредѣленно выраженной готовности учинить служебное дѣйствіе за плату. Такая готовность получаетъ вполне опредѣленное выраженіе въ требованіи со стороны должностнаго лица мзды или въ согласіи его принять мзду, предлагаемую лиходателемъ. Такимъ образомъ, для окончанія взяточничества, какъ общее правило, необходимо соглашеніе между должностнымъ лицомъ и лиходателемъ, при заключеніи котораго инициатива исходитъ отъ послѣдняго, или же односторонне выраженная готовность продать служебное дѣйствіе, вылившаяся въ форму требованія уплаты мзды. Отодвигать моментъ окончанія дальше едва-ли будетъ правильнымъ, ибо воля сторонъ получаетъ достаточно опредѣленное выраженіе въ соглашеніи и выжидать дальнѣйшаго развитія ея въ послѣдующей дѣятельности должностнаго лица принимающаго даръ или еще учиняющаго служебное дѣйствіе представляется излишнимъ.

При такомъ пониманіи, когда моментъ окончанія относится къ одностороннему заявленію требованія или заключенію соглашенія, для покушенія не остается мѣста;

¹⁾ Birkmeyer, ук. соч., стр. 360—361.

подъ это послѣднее нельзя подводить отправленное, но еще не достигшее своего адресата требованіе или періодъ обдумыванія сдѣланнаго лиходателемъ предложенія мзды; съ момента же полученія адресатомъ требованія, съ момента выраженія согласія на сдѣланное предложеніе дѣяніе должно почитаться оконченнымъ.

При изученіи внѣшней стороны взяточничества слѣдуетъ остановиться на разсмотрѣннй тѣхъ средствъ, подъ влияніемъ которыхъ или ради которыхъ должностное лицо дѣйствуетъ. Являются ли такими средствами только матеріальныя или моральныя средства? Вопросъ этотъ былъ выдвинутъ, главнымъ образомъ, въ германской литературѣ, по почину Фейербаха, отстаивавшаго очень широкое пониманіе выгоды. Терминологія нашего законодательства въ этомъ отношеніи никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ; улож. о нак. говоритъ о подаркѣ, состоящемъ въ деньгахъ, вещахъ или въ чемъ-бы то нибыло иномъ (ст. 372), о суммѣ денегъ или цѣнѣ вещей (ст. 373), о корысти и незаконной прибыли (ст. 374), объ услугахъ, прибыляхъ или иныхъ выгодахъ (ст. 377); уголов. улож. говоритъ о взяткахъ и дарѣ, каковымъ можетъ быть не только имущество, но и право по имуществу (ст. 662), такъ что и здѣсь сомнѣнія относительно характера дара быть не можетъ.

Наиболѣе подробно перечисляетъ различныя формы взятки французскій кодексъ, который говоритъ о «*dons*», «*présents*», «*offres*», «*promesses*» (art. 177, также голландскій ст. 362, 364; венгерскій ст. 465, 466); другіе говорятъ съ одной стороны о подаркахъ, съ другой — о выгодахъ (германское, § 331, итальянское, art. 171, 172). Подъ подарками слѣдуетъ понимать предметы внѣшняго міра, имѣющіе матеріальную цѣнность т. е. вещи въ смыслѣ гражданскаго права; въ противоположность имъ «*offres*» и «*promesses*» имѣютъ въ виду лишь будущую

выгоду. Понятіе выгоды значительно труднѣе для выясненія. Большинство, какъ напр. Шютце, Шварце, Мейеръ, Биндингъ, Листъ, Франкъ, Алкалай, Гофмейстеръ высказываются въ пользу болѣе узкаго толкованія этого понятія, въ смыслѣ выгоды объективно-измѣримой, способной улучшить положеніе лица ее получившаго въ матеріальномъ отношеніи, такъ какъ только такое пониманіе выгоды можетъ быть уловлено и установлено судомъ ¹⁾.

Болѣе широкое пониманіе выгоды отстаивалъ въ свое время Фейербахъ, по мнѣнію котораго въ качествѣ средства подкупа можетъ быть «все, что служить къ удовлетворенію честолюбія, тщеславія, чувственности» ²⁾.

Нельзя отрицать возможности воздѣйствія на должностныхъ лицъ съ помощью указанныхъ средствъ, но установить причинную связь между этими средствами и образомъ дѣйствія должностного лица было-бы крайне затруднительно, ибо здѣсь объективное понятіе выгоды замѣняется понятіемъ удовлетворенія чисто субъективныхъ прихотей, которыя не могутъ быть принимаемы въ расчетъ при оцѣнкѣ служебной дѣятельности. Поэтому расширеніе понятія выгоды за предѣлы пониманія ея въ

1) Schütze, Lehrbuch, стр. 527; H. Meyer, Lehrbuch, стр. 691; Schwarze, Kommentar, № 6 zu § 331; Olshausen, № 3 zu § 331; Alkalay, ук. соч. 42; Goldammer, Materialien, II, стр. 671; Frank, zu § 49a II, 3; Binding, LB. II, стр. 720. Также Carrara: „in denaro o in altra cosa appetibile“ (Programma, part. spec. t. V, § 2554).

2) Feuerbach, Themis, стр. 210. Еще ранѣе Feuerbach'a подобный же взглядъ на средства подкупа высказывалъ T. Decianus и Wexius въ своей работѣ „De repetundarum crimine“ 1653 г. См. выше, ч. II, гл. III, II, стр. 317. Ближе къ нимъ примыкаетъ Simonson, по мнѣнію котораго: „es drängt vielmehr die Erwägung, dass eben alles ausgeschlossen sein soll, was in irgendeiner Weise Beeinflussung üben, irgendwie Käuflichkeit des Beamten herbeiführen oder befördern könnte, dahin, diesen Begriff des Vorteils hier in des Wortes weitester Bedeutung zu fassen“ (См. Der Begriff des Vorteils, стр. 83). Katzenstein, Zeitschrift, Bd. XXIII, стр. 172. Hälschner, ук. соч. II, 1087; Meves, H.N. III, 985; Liszt, Lehrbuch, стр. 578.

матеріальномъ смыслѣ будетъ бесполезно для интересовъ правосудія.

Незначительность, маловажность выгоды существеннаго значенія не имѣетъ, такъ какъ значительность или незначительность понятія относительныя. Признакомъ, ограничивающимъ понятіе выгоды съ этой стороны, должно быть, по мнѣнію Тейхмюллера, соотвѣтствіе выгоды, какъ эквивалента оказанной услуги (Gleichheitsverhältnis zu den Leistungen) ¹⁾; но этотъ признакъ также довольно трудно уловимъ, ибо оцѣнка—дѣло личнаго вкуса. Въ данномъ вопросѣ важно не установленіе размѣра выгоды и его соотвѣтствія, а установленіе ея характера, такъ какъ только при наличности объективно измѣримой и слѣд. объективно устанавливаемой выгоды возможно найти причинную связь между дѣйствіями должностного лица и дѣйствіями лиходателя. Совершенно правильно указаніе Гофмейстера, что при пониманіи выгоды, отстаиваемомъ Тейхмюллеромъ, средствомъ подкупа могло-бы считаться пользованіе чисто личными прихотями („rein persönliche Liebhabeereien“ ²⁾).

1) Teichmüller, ук. соч. стр. 17—18; Gonset, ук. соч. стр. 82.

2) Hofmeister, ук. соч., стр. 15—17. По вопросу о природѣ дара при взяточничествѣ вполне основательныя и правильныя сужденія высказала ред. коммиссія. Она полагала: что взяточничество есть проступокъ корыстнаго свойства, предполагающій преступную наживу; что, какъ таковой, онъ можетъ заключаться только во взяткахъ, имѣющихъ имущественную цѣнность или въ приобрѣтеніи чужого имущества цѣною учиненія какого либо служебнаго дѣйствія; что этотъ признакъ взяточничества, выраженный болѣе или менѣе явственно во всѣхъ законодательствахъ словомъ подарокъ, указанъ весьма опредѣлительно и въ дѣйствующемъ уложеніи о нак.; что виѣняя суду въ обязанность отбирать отъ виновнаго даръ или взыскивать стоимость оного, законъ, очевидно, исключаетъ уже тѣмъ самымъ изъ понятія взятки и просьбы, и молебны, и ласки и вообще всѣ такіа дѣйствія, которыя, хотя и могутъ быть пригодны для склоненія или побужденія служащаго къ дѣйствію или бездѣйствію, но не имѣютъ имущественнаго характера и потому не допускаютъ ни отобранія ихъ въ казну, ни опредѣленія ихъ стоимости, хотя бы даже путемъ экспертизы; что вводя въ уложеніе проступокъ взяточничества, законъ вовсе не имѣетъ въ виду сдѣлать изъ него такое все-

Въ виду возможныхъ разногласій, связанныхъ съ понятіемъ выгоды, было бы правильнѣе, по примѣру нашего уголов. уложенія, говорить о дарѣ вообще, понимая подъ нимъ какъ имущество, такъ и права по имуществу, или же, если при опредѣленіи взяточничества упоминать и о выгодѣ, то оговаривать особо ея матеріальный характеръ.

Вопросъ о средствахъ учиненія преступнаго дѣянія приобрѣтаетъ наибольшее значеніе въ отношеніи къ вымогательству, въ особенности, гдѣ это послѣднее отдѣлено отъ взяточничества, какъ это имѣетъ мѣсто въ итальянскомъ улож. и въ нашемъ законодательствѣ. Преступное дѣйствіе при вымогательствѣ опредѣляется, какъ вынужденіе посредствомъ противозаконныхъ дѣйствій или угрозы таковыми имущественной выгоды. Вымогатель своими дѣйствіями вызываетъ въ сознаніи своей жертвы представленіе о необходимости подчиниться ему и выполнить

объемлющее преступное дѣяніе служащаго, подъ которое возможно было бы подводить всякое дѣйствіе или бездѣйствіе, учиненное по побужденіямъ несовмѣстнымъ съ долгомъ службы, — что, очевидно, имѣло бы мѣсто, если бы понятіе взятки обнимало не мзду имущественную, а всякую услугу или дѣйствіе для служащаго со стороны обращающихся къ его услугамъ лицъ; что безнравственность того или другого поступка служащаго ничего общаго со взяточничествомъ не имѣетъ и можетъ быть преслѣдуема какъ дисциплинарная провинность, буде она не составляетъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія; что требованіе, напр. служащимъ за свое служебное дѣйствіе женскихъ ласкъ или иныхъ услугъ или дѣйствій, не сопряженныхъ съ приобрѣтеніемъ виновнымъ чужого имущества, будетъ составлять проступокъ отказа отъ исполненія своихъ обязанностей по побужденію, несовмѣстному съ долгомъ службы и вообще притѣсненіе, а отнюдь не взяточничество; вымогательство же виновнымъ подобныхъ дѣйствій посредствомъ угрозы злоупотребленія властью будетъ заключать въ себѣ точно также всѣ признаки преступнаго притѣсненія. Исходя изъ вышеизложенныхъ соображеній, а равно и изъ тѣхъ доводовъ, которые приведены выше въ общихъ соображеніяхъ о взяточничествѣ и лихоимствѣ, комиссія признала необходимымъ поставить въ проектѣ какъ проступокъ, заключающійся въ приобрѣтеніи чужого имущества цѣною служебнаго дѣйствія преступнаго или непроступнаго. Сообразно сему и самое понятіе дара опредѣлено въ проектѣ, какъ взятка, имѣющая имущественную цѣнность. Объяс. Зап. т. VIII, стр. 528—529.

требуемое имъ. Итальянское уложеніе употребляетъ для опредѣленія дѣятельности вымогателя терминъ «costringere», т. е. принуждаетъ; улож. о нак. говоритъ о притѣсненіи или угрозѣ притѣсненіемъ, о требованіи подарковъ (ст. 377); высшей степенью вымогательства является вымогательство, сопровождаемое истязаніемъ или другимъ явнымъ насиліемъ (ст. 378); уголов. уложеніе говоритъ о требованіи взятки и о вынужденіи ея посредствомъ притѣсненія по службѣ или угрозы таковымъ притѣсненіемъ (ст. 657, 658, ч. 2).

Такимъ образомъ, намѣчается нѣсколько степеней принудительнаго воздѣйствія, различающихся между собою степенью интенсивности: требованіе, вынужденіе (требованіе, подкрѣпленное угрозой притѣсненія или притѣсненіемъ) и, наконецъ, вынужденіе, сопровождаемое истязаніемъ и явнымъ насиліемъ; въ послѣднемъ случаѣ (ст. 378 улож. о нак.) было-бы правильнѣе видѣть не должностное вымогательство, а посягательство на тѣлесную неприкосновенность, съ наиболѣе тяжкими видами котораго оно уравнено и по наказуемости¹⁾.

Дѣятельность должностнаго вымогателя должна обладать тѣми же свойствами, что и вымогателя вообще, т. е. способностью внушить чувство опасенія въ случаѣ отказа выполнить требуемое. Отличительной чертой ея является учиненіе вымогателемъ всѣхъ указанныхъ выше дѣйствій съ опредѣленной цѣлью — побудить лицо, подвергшееся вымогательству, представить даръ за выполненіе извѣстнаго дѣйствія по службѣ. Этой цѣлью полученія дара за дѣйствіе по службѣ вымогательство, какъ видъ взяточничества, отличается отъ посягательства на свободу (принужденіе) и тѣлесную неприкосновенность.

¹⁾ Срав. санкцію ст. 378 и ст.ст. 1477, 1484, 1486.

съ одной стороны и отъ насильственнаго похищенія имущества съ другой стороны ¹⁾).

Уже въ старой литературѣ дѣлались попытки указать признаки, которыми вымогательство отличается отъ взяточничества. Съ нѣкоторыми изъ нихъ мы познакомились при обзорѣ обще-нѣмецкаго права ²⁾. Въ дополненіе къ нимъ можно привести еще мнѣніе Pr. Farinacius'a, который полагалъ: *corruptio - quando a sponte pecuniam dante iudex injustitiam facit, concussio - quando pecuniam non a sponte dante recipit sed extorquet... Quando quis in officio constitutus, aliquid a subditis extorquet metu, vi, minis vel persuasionibus, secrete vel expresse illatis* ³⁾. Признакъ этотъ, по существу правильный, не даетъ отвѣта на вопросъ, вызывающій сомнѣніе, когда-же именно данную взятку можно считать добровольной и когда вынужденной? Не болѣе пригоденъ и критерій прошлаго поведения виновнаго, согласно которому, если должностное лицо уже было уличено въ продажности, то оно признается виновнымъ въ вымогательствѣ; если же прежняя дѣятельность виновнаго безупречна, то въ такомъ случаѣ дѣяніе его квалифицируется, какъ взяточничество. Критерій этотъ, какъ основанный не на точно доказанныхъ фактахъ, а на однихъ предположеніяхъ, точно также не можетъ быть принятъ. Болѣе надежнымъ признакомъ представляется характеръ служебнаго дѣйствія, за которое или ради котораго дается взятка: при взяточничествѣ это дѣйствіе можетъ быть правомѣрнымъ или неправомѣрнымъ, при вымогательствѣ-же—только правомѣрнымъ, такъ какъ трудно себѣ представить случай вымогательства ради учиненія неправомѣрнаго дѣйствія ⁴⁾. Нако-

¹⁾ См. Объяс. Зап. т. VIII, 514.

²⁾ См. выше, стр. 323 и слѣд.

³⁾ Quaest. LXI, п. 20.—Цит. по Garraud, Traité, IV, 30—31.

⁴⁾ Угол. улож. ст. 657, ч. 3 однако допускаетъ вымогательство за

нецъ, при квалификаціи дѣянія, какъ взяточничества, необходима наличность лиходателя, виновнаго и отвѣтственнаго; оправданіе лиходателя заставляетъ предполагать вынужденный характеръ взятки и, слѣдовательно, виновность должностнаго лица въ вымогательствѣ ¹⁾).

Дѣятельность вымогателя, какъ выходящая за предѣлы нарушенія начала безмездности служебныхъ дѣйствій, должна быть отдѣлена отъ взяточничества; только требованіе взятки можетъ войти въ составъ взяточничества, но отнюдь не вынужденіе взятки; это послѣднее выходитъ не только за предѣлы взяточничества, но и за предѣлы должностнаго преступленія.

Для состава взяточничества необходимо, чтобы между полученнымъ или обѣщаннымъ даромъ и дѣйствіемъ должностнаго лица существовала причинная связь, т. е. чтобы первое обуславливало второе или второе влекло за собою первое; въ первомъ случаѣ имѣетъ мѣсто подкупъ въ собственномъ смыслѣ слова, во второмъ—оплата услуги уже оказанной. Не требуется, чтобы даръ и служебное дѣйствіе были конкретно опредѣлены заранѣе во всѣхъ своихъ подробностяхъ; договаривающіеся въ большинствѣ случаевъ знаютъ, о чемъ идетъ рѣчь, и не нуждаются въ выясненіи частностей. Но необходимо, чтобы связь между тѣмъ и другимъ могла быть точно установлена ²⁾. Установленіе причинной связи, какъ мы видѣли, имѣетъ значеніе для отграниченія наказуемаго

дѣйствія, составляющія служебную провинность или служебное преступное дѣяніе.—См. Объяс. Зап., т. VIII, стр. 514.

¹⁾ Crivellari, V, п. 102, стр. 821. Хотя при вымогательствѣ воля жертвы не парализуется исполнѣ и всецѣло (*coactus, tamen voluit*), что даетъ даже право нѣкоторымъ изслѣдователямъ говорить о соглашеніи, единеніи двухъ волей при вымогательствѣ (см. напр. Закъ, Шантажъ и вымогательство въ ихъ взаимоотношеніи, стр. 17),—тѣмъ не менѣе объ отвѣтственности жертвы вымогательства за лиходательство, конечно, рѣчи быть не можетъ.

²⁾ Alkalay, 41; Birkmeyer, 342; Hofmeister, 17; Teichmüller, 18—19.

взяточничества отъ случаевъ дозволеннаго принятія подарковъ.

Самый способъ передачи дара и его внѣшняя форма не имѣютъ существеннаго значенія для состава дѣянія. Во избѣжаніе безнаказанности взяточничества, учиняемаго при посредствѣ подставныхъ лицъ, законъ различаетъ непосредственную и посредственную передачу взятки и иногда оговариваетъ эту послѣднюю особо, какъ напр. въ англійскомъ, венгерскомъ, итальянскомъ, испанскомъ и особенно подробно въ нашемъ уложеніи о нак. (ст. 376). Въ уголовномъ уложеніи 1903 г. имѣется ст. 660 о содѣйствіи взяточничеству, изъ содержанія которой видно, что взяточникъ можетъ быть наказуемъ и тогда, когда лиходатель прибѣгъ къ посредничеству третьяго лица. О формѣ взятки говоритъ только наше уложеніе о нак. (ст. 376) и совершенно напрасно, такъ какъ едва ли можно перечислить и предусмотрѣть всѣ ухищренія, на которыя способна изобрѣтательность взяточника; въ этомъ отношеніи каждый законъ неизбѣжно окажется позади жизни; ст. 372 улож. о нак. умалчиваетъ о сокрытіи взятки какой либо благовидной формой, тѣмъ не менѣе нельзя отсюда дѣлать вывода, что обличеніе подарка въ форму проигрыша, мѣны и т. п., при наличности другихъ элементовъ состава дѣянія, можетъ освободить виновнаго отъ отвѣтственности по ст. 372 ¹⁾.

§ 5. Внутренняя сторона взяточничества. Внутренняя сторона взяточничества не вызываетъ разногласій. Всѣ признаютъ, что взяточничество можетъ быть учинено только умышленно; по самому характеру дѣянія нельзя себѣ представить, чтобы взяточничество было учинено по неосторожности. Если въ общежитіи и гово-

¹⁾ Такой выводъ дѣлаетъ между прочимъ г-жа Рабиновичъ. См. ук. ст., стр. 617.

рять о неосторожномъ взяточничествѣ или болѣе о неосторожныхъ взяточникахъ, то въ смыслѣ отсутствія у послѣднихъ всякой сдержки передъ угрозой отвѣтственности.

Умыселъ взяточника характеризуется сознаниемъ совершаемаго, т. е. сознаниемъ всѣхъ признаковъ состава дѣянія, сознаниемъ того, что взяточникъ, являясь должностнымъ лицомъ, требуетъ, принимаетъ или выражаетъ согласіе на принятіе подлежащей мзды, что эта подлежащая мзда является платой за учиненіе дѣйствія, входящаго въ сферу его служебныхъ обязанностей, дѣйствія правомѣрнаго или не правомѣрнаго, и съ предвидѣніемъ, что такимъ образомъ нарушается одно изъ началъ службы—безмездность служебныхъ дѣйствій. Помимо умысла прямого возможенъ и умыселъ эвентуальный, когда рѣчь идетъ о взяточничествѣ-подкупѣ для учиненія какого либо дѣйствія. Разумѣется бываютъ случаи, когда взятка дается съ опредѣленной цѣлью выполнить то-то, правомѣрное или неправомѣрное. Но возможны, конечно, и такіе случаи, гдѣ соглашеніе не имѣетъ такого опредѣленнаго характера, гдѣ взяточникъ обѣщаетъ сдѣлать все возможное, оказать посильное содѣйствіе и т. п. Здѣсь трудно говорить о прямомъ умыслѣ учинить что-либо противное обязанностямъ службы, но вполне возможно установить наличность умысла эвентуальнаго. Поэтому нельзя согласиться съ рѣш. Сената по д. Алексѣева 89/36, по которому принятіе волостнымъ судьей рѣ подарковъ денегъ съ обѣщаніемъ рѣшить дѣло въ пользу подарившаго не заключаетъ въ себѣ всегда признаковъ дѣянія, указаннаго въ ст. 373, такъ какъ таковое обѣщаніе можетъ и не заключать въ себѣ нарушенія служебныхъ обязанностей.

Хотя процессуальное правило и гласитъ: «in dubiis pro geo», но въ данномъ случаѣ предполагается, что разъ

должностное лицо перешагнуло черту дозволенного, принявъ взятку, оно едва-ли остановится передъ дальнѣйшимъ препятствіемъ—нарушеніемъ служебныхъ обязанностей.

При наличности ошибки относительно хотя бы одного изъ элементовъ состава дѣяніе можетъ утратить характеръ противоправности или перейти изъ одного вида въ другой. Такъ, если должностное лицо дѣйствовало въ добросовѣстномъ предположеніи, что оно имѣетъ право на получение вознагражденія за учиненіе извѣстныхъ дѣйствій или что полученная имъ мзда является платой за услуги, оказанныя внѣ служебной сферы, то о наказуемомъ взяточничествѣ не можетъ быть и рѣчи. Если должностное лицо, получая мзду съ сознаниемъ подлежащаго ея характера, увѣрено въ тоже время, что учиняемое имъ за плату дѣйствіе правомѣрно, между тѣмъ какъ оно въ дѣйствительности не правомѣрно, то этотъ неправомѣрный характеръ дѣянія не можетъ быть вмененъ въ вину. Напротивъ, если должностное лицо дѣйствуетъ въ предположеніи, что оно поступаетъ неправомѣрно, между тѣмъ какъ образъ дѣйствій его вполне законенъ, то это заблужденіе виновнаго не оказываетъ вліянія на его отвѣтственность; онъ будетъ отвѣчать здѣсь за простое взяточничество, а не за взяточничество, связанное съ нарушеніемъ своихъ обязанностей. Субъективнаго предположенія виновнаго, что онъ учиняетъ преступное дѣяніе, недостаточно для восполненія объективнаго состава дѣянія и вмененія его въ вину.

Съ другой стороны принятіе мзды съ тайнымъ намѣреніемъ остаться вѣрнымъ долгу службы и поступать согласно съ велѣніемъ закона, не можетъ освободить должностное лицо отъ отвѣтственности, такъ какъ начало безмездности служебныхъ дѣйствій оказывается нарушен-

нымъ, независимо отъ истинныхъ намѣреній должностнаго лица ¹⁾).

§ 6. Соучастіе при взяточничествѣ. Вопросъ о соучастіи во взяточничествѣ долженъ быть разрѣшенъ такъ, какъ онъ вообще разрѣшается въ отношеніи къ должностнымъ преступленіямъ, т. е. участіе въ немъ могутъ принимать лишь тѣ, кто можетъ быть непосредственнымъ виновникомъ даннаго дѣянія; лица частныя соучастниками быть не могутъ. Эта точка зрѣнія, однако, не раздѣляется тѣми, кто видитъ во взаимоотношеніи взяточничества и лиходеательства случай необходимаго соучастія, не раздѣляется также и тѣми, кто слѣдуя началамъ, усвоеннымъ французской и германской судебной практикой, допускаетъ возможность соучастія частныхъ лицъ въ должностныхъ преступленіяхъ. Такъ напр. Алкалай полагаетъ, что третье лицо, будь то чиновникъ или частное лицо, можетъ быть при взяточничествѣ и подстрекателемъ, и пособникомъ, наказуемымъ по общимъ правиламъ о соучастіи ²⁾).

Наряду съ такой распространительной тенденціей по отношенію къ подстрекательству и пособничеству, въ литературѣ намѣчается обратное теченіе въ отношеніи къ той формѣ соучастія, которая извѣстна подъ названіемъ совиновничества (Mittäterschaft). Биндингъ и Тейхмюллеръ считаютъ его не возможнымъ; напротивъ, Гофмейстеръ допускаетъ совиновничество лишь въ тѣхъ случаяхъ, если нѣсколько должностныхъ лицъ облечены одинаковой компетенціей, если напр. всѣ они являются членами одной судебной коллегіи, но невозможно отношеніе совиновничества напр. между членами коронной

¹⁾ Meyer, H. N. III, 968, Hälschner, Handbuch, II, 1044; Alkalay, ук. соч., стр. 46—47; Teichmüller, ук. соч. стр. 29, 48—49, 58; Hofmeister, ук. соч., стр. 44—46.

²⁾ См. Alkalay, S. 44, 48, 53; Hofmeister, S. 51; Teichmüller, S. 62—63.

коллегии и присяжными заседателями, такъ какъ тѣ и другіе несутъ различный служебный долгъ и вслѣдствіе этого нарушаютъ разные объекты ¹⁾).

Съ точки зрѣнія установленнаго выше взгляда на природу должностныхъ преступленій, съ точки зрѣнія установленныхъ выше положеній о соучастіи въ должностныхъ преступленіяхъ, невозможно согласиться и съ этимъ взглядомъ.

Если объектомъ должностныхъ преступленій считать служебный долгъ, то несмотря на разнообразіе его содержанія, обусловливаемого характеромъ службы, съ формальной стороны этотъ объектъ одинъ и тотъ же для всѣхъ должностныхъ лицъ, независимо отъ ихъ ранга и служебной компетенціи, и поэтому, учиняя должностное преступленіе, должностныя лица всѣ одинаково нарушаютъ одно и то же правовое благо. Если же, соглашаясь съ Оппенгеймомъ, признавать объектомъ должностного преступленія какое либо болѣе специальное благо, какъ напр. при взяточничествѣ—начало безмездности служебныхъ дѣйствій, то и тогда всѣ должностныя лица могутъ одинаково его нарушить, какое-бы положеніе они ни занимали на ступеняхъ іерархической лѣстницы. Это благо доступно для воздѣйствія лишь со стороны должностныхъ лицъ, но эти послѣднія, независимо отъ своего officialнаго положенія и слѣд. различія компетенціи, могутъ войти между собою въ соглашеніе, напр. относительно взысканія процентовъ съ поставляемаго въ казну подряда. Служебный рангъ этихъ лицъ, можетъ быть, вліяетъ на размѣръ получаемой доли въ общей прибыли, но отнюдь не можетъ вліять на юридическую квалификацію ихъ дѣятельности, всѣ они являются одинаково виновными, всѣ они совиновники. Жизнь показываетъ, что учиненіе

¹⁾ См. Binding, LB. II, 2, S. 725; Teichmüller, S. 60; Hofmeister, S. 51—52.

взяточничества въ соучастіи представляется явленіемъ дорольно широко распространеннымъ; къ отвѣтственности привлекается очень часто составъ служащихъ цѣлаго учрежденія. Несомнѣнно, что для признанія служащихъ того или другого учрежденія соучастниками недостаточно одного факта совмѣстной службы, необходимо слѣдуетъ установить наличность соглашенія; на практикѣ это единеніе воли соучастниковъ чаще всего создается путемъ «tacito consensu»; вновь вступающій въ составъ служащій молчаливо подчиняется и слѣдуетъ искони установившейся традиціи.

Отъ соучастія во взяточничествѣ слѣдуетъ отличать принятіе взятки черезъ подставныхъ лицъ (ст. 372, 376), которыя отвѣтственности не подлежатъ, такъ какъ отвѣчаетъ въ этомъ случаѣ должностное лицо, получающее черезъ нихъ взятку. Дѣятельность этихъ подставныхъ лицъ должна ограничиться однимъ принятіемъ дара; они должны быть простымъ орудіемъ въ рукахъ взяточника. Въ противномъ случаѣ они могутъ быть сочтены или соучастниками вообще, или специально посредниками между взяточникомъ и лиходателемъ. Дѣятельность соучастниковъ и посредниковъ имѣетъ болѣе активный, болѣе самостоятельный характеръ; отграничить ихъ отъ лицъ подставныхъ возможно лишь на основаніи условій и обстановки отдѣльнаго случая. Наше законодательство, въ отличіе отъ другихъ, выдѣляетъ посредническую дѣятельность въ особый проступокъ (ст. 380, 272⁴ улож. о нак., ст. 660 уг. ул.) и тѣмъ самымъ устраняетъ примѣненіе къ посредничеству общихъ правилъ о соучастіи; объ этомъ, какъ мы видѣли, опредѣленно говоритъ Объясн. Записка къ проекту угол. улож. ¹⁾). Для кодексовъ, стоящихъ на точкѣ зрѣнія господствующей

¹⁾ См. выше стр. 455.—Объяс. Зап. т. VIII, стр. 523.

щей доктрины о соучастіи, такой приѣмъ законодательной техники представляется и не послѣдовательнымъ, и излишнимъ; его не знаетъ ни одинъ изъ западно-европейскихъ кодексовъ. Онъ былъ-бы уместенъ только при отказѣ отъ господствующей доктрины соучастія и усвоеніи теоріи самостоятельной отвѣтственности соучастниковъ.

§ 7. Наказуемость взяточничества. Пределы наказуемаго взяточничества были указаны выше; равнымъ образомъ въ обзорѣ положительнаго законодательства были указаны и тѣ карательныя послѣдствія, которыя влекутъ за собою отдѣльные виды взяточничества: они колеблются отъ денежнаго штрафа и ареста до болѣе тяжкихъ видовъ лишенія свободы и сопровождаются правоограниченіями и конфискаціей дара.

Теперь слѣдуетъ остановиться на общихъ вопросахъ наказуемости и прежде всего на соотношеніи наказуемости взяточничества и лиходательства.

Въ какомъ соотношеніи должна находиться наказуемость взяточника и лиходателя, слѣдуетъ-ли ихъ подвергать равной отвѣтственности или одинъ т. е. взяточникъ долженъ быть наказанъ строже лиходателя? О противоположной возможности рѣчи не поднимается.

Защитники взгляда, по которому взяточничество и лиходательство находятся между собою въ тѣсной связи необходимаго соучастія, естественно и послѣдовательно разрѣшаютъ вопросъ съ точки зрѣнія общихъ правилъ о равной отвѣтственности соучастниковъ. Такъ смотрятъ на этотъ вопросъ Шово и Эли, Гарро, Луккини, защитники и истолкователи началъ, усвоенныхъ французскимъ и итальянскимъ уложеніями¹⁾; среди нѣмецкихъ крими-

¹⁾ См. Chauveau-Hélie, II, 645, n. 852: „Le corrupteur et le fonctionnaire que la corruption a trouve accessible doivent ils être considérés comme complices l'un de l'autre? Cette complicité existe en fait... l'un a provoqué le crime, l'autre l'a exécuté: l'un a été la cause, l'autre l'instrument de cette ex-

налистовъ на этой точкѣ зрѣнія стояли Мартинъ и Аббегъ¹⁾.

Помимо французскаго (ст. 179) и итальянскаго (ст. 173) уложеній точку зрѣнія равной отвѣтственности взяточника и лиходателя усваиваютъ бельгійское (ст. 252), португальское (ст. 321) уложенія и кодексы нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ.

Принципъ равной отвѣтственности взяточничества и лиходательства падаетъ вмѣстѣ съ паденіемъ основной точки зрѣнія на взаимоотношеніе взяточничества и лиходательства, на которой онъ покоился²⁾, и въ виду того, что другихъ оснований въ пользу равной отвѣтственности не указывалось, приходится остановиться на другой возможности—болѣе суровой отвѣтственности для взяточника, сравнительно съ лиходателемъ. Эта точка зрѣнія усвоена германскимъ улож. (ст. 332, 334 по срав. съ ст. 333), голландскимъ (ст. 177, 178 по срав. съ ст. 363, 364), датскимъ (ст. 119, 121 по срав. съ ст. 118, 120), норвежскимъ (ст. 129 по срав. съ ст. 113, 114) и кодексами нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ.

Вопросъ о соотношеніи наказуемости взяточничества и лиходательства въ русскомъ законодательствѣ возникъ только послѣ закона 31 января 1916 г., установившаго наказуемость лиходательства. Чтобы отвѣтить на него, слѣдуетъ сравнить соотвѣтствующіе виды взяточничества и лиходательства. Изъ этого сравненія можно сдѣлать выводъ, что взяточничество вообще карается строже лиходательства³⁾. Въ самомъ дѣлѣ, низшій видъ взяточ-

ction. De la les memes peines qui les frappent“...—Garraud, IV, 57: „Celui qui provoque un fonctionnaire public... à enfreindre la loi, et le fonctionnaire qui cède à la corruption sont des coauteurs auxquels il faut appliquer la même peine“. Crivellari, V, n. 87.

¹⁾ Martin, § 223, II; Abbeg, § 493, 2.

²⁾ Birkmeyer, S. 364.

³⁾ Замѣчаніе г-жи Рабиновичъ относительно непродуманности новаго

ничества (ст. 372) влечетъ за собою отрѣшеніе отъ должности и тюремное заключеніе отъ 4 до 8 мѣс. или исключеніе со службы и заключеніе въ тюрьмѣ отъ 8 мѣс. до 1 г. 4 мѣс.; низшій-же видъ лихоительства (ст. 272¹) карается заключеніемъ въ тюрьмѣ на время отъ 2 до 4 мѣс.; тяжкій видъ взяточничества-лихоимства (ст. 373) влечетъ за собою испр. арест. отд. по 3 и 4 ст. ст. 31 улож. о нак., тяжкій-же видъ лихоительства (ст. 272²) влечетъ за собою или также испр. арест. отд. по 3 и 4 ст. ст. 31 или же тюремное заключеніе на срокъ отъ 8 мѣс. до 1 г. 4 мѣс. Равной отвѣтственности подвергаются съ одной стороны лихоитель, съ другой—подкупленные имъ члены сословнаго или общественнаго собранія и присяжные засѣдатели (ст. 272³). При наличности отягчающихъ обстоятельствъ отвѣтственность какъ за взяточничество, такъ и за лихоительство повышается въ одинаковомъ размѣрѣ и слѣд. соотношеніе наказуемости остается прежнимъ (ст. 272⁶ и ст. 381). Только въ одномъ случаѣ, при учиненіи лихоительства шайкой (ст. 272⁵), установленное закономъ наказаніе превышаетъ отвѣтственность за тяжкій видъ взяточничества.

Въ пользу болѣе суровой отвѣтственности взяточника высказывался еще Фейербахъ; онъ говорилъ: «онъ (т. е. лихоитель) нарушаетъ только общія гражданскія обязанности, чиновникъ же и должностную присягу, которая обязываетъ его къ неподкупности; подкупающій есть обольститель, а на государственномъ чиновникѣ лежитъ двоякая обязанность не позволять себя обольщать. Если неподкупность чиновника сдѣлается извѣстной, то соблазнъ къ подкупу начинается собственно говоря самъ чиновникъ, ибо онъ самъ своимъ поведеніемъ создалъ противъ

закона въ установленіи размѣровъ отвѣтственности за взяточничество и лихоительство основано на неправильномъ пониманіи ею ст. 373.—См. укл. ст. Право, 1616 г., стр. 678.

себя предубѣжденіе, что только при помощи приношеній отъ него можно достигнуть того, что должно бы быть совершенно имъ единственно въ силу его служебнаго долга. Вообще дѣяніе подкупающаго разсматривается по преимуществу съ точки зрѣнія полицейской, наказуемость этого дѣянія опредѣляется не столько внутренней его сущностью, сколько опасностью въ томъ, что подкупающій можетъ склонить къ преступленію чиновника. По этимъ основаніямъ наказуемость подкупающаго я признаю на половину слабѣе, чѣмъ наказуемость подкупленнаго чиновника» ¹⁾.

Помимо этихъ соображеній, оправдывающихъ усиленную отвѣтственность должностнаго лица, слѣдуетъ указать, что властное положеніе, занимаемое должностнымъ лицомъ, довѣріе, оказываемое ему со стороны государства и общества, требуютъ особо строгаго къ нимъ отношенія, поэтому, при расцѣнкѣ виновности должностнаго лица и частнаго и при установленіи размѣра ихъ отвѣтственности «caeteris paribus», всегда болѣе виновнымъ и слѣд. болѣе отвѣтственнымъ слѣдуетъ признать должностное лицо.

Въ видахъ болѣе индивидуализаціи отвѣтственности устанавливаемая закономъ рамки наказанія должны быть достаточно широки; это тѣмъ болѣе необходимо, что взяточничество допускаетъ существованіе различныхъ видовъ: взяточничество, какъ плата за прошлое, взяточничество, какъ подкупъ къ будущей дѣятельности, при чемъ самая служебная дѣятельность можетъ быть правомѣрной или неправомѣрной; выделяется кромѣ того взяточничество судебное ²⁾. Рамки наказуемости должны

¹⁾ См. Feuerbach, Themis, S. 217—218.

²⁾ Въ качествѣ обстоятельствъ, влияющихъ на размѣръ отвѣтственности за взяточничество Сагага указываетъ: 1) большую или меньшую важность самой должности и ея характеръ (административный или судеб-

быть настолько широки, чтобы все оттенки виновности, выражающиеся в отдельных видах взяточничества, могли быть приняты во внимание судом¹⁾.

При соблюдении этого требования законодатель может не предусматривать и не перечислять особо обстоятельств, увеличивающих и смягчающих ответственность. Современная законодательная техника избегает перечисления этих обстоятельств в виду легкой возможности пропуска какого-либо из них. В отношении взяточничества обстоятельством, усиливающим ответственность, могут быть признаны дальнейшие стадии в развитии преступной деятельности, имеющие место после формального окончания деяния. Так, если взяточничество считается оконченным с момента заявления требования мзды или с момента соглашения о мзде, то фактическое вручение мзды или учинение обусловленного мздой действия должно быть признано обстоятельством, ответственность усиливающим. Напротив, отказ от принятия мзды после заявленного требования или после соглашения состоявшегося или отказ от выполнения обусловленного мздой действия служебного может быть признан обстоятельством, смягчающим ответственность²⁾. Так нашему законодательству известны обстоя-

ний, и в частности уголовно- или гражданско-судебный); 2) большую или меньшую важность служебных действий, ради учинения или опущения которых совершается подкуп или за который берется вознаграждение; 3) цель уголовного судьи в осуждения или оправдания обвиняемого; 4) правомочный или неправомочный характер служебного действия. — См. Programma, p. sr. t. V, § 2561. По мнению Неклюдова такими обстоятельствами могут быть: 1) время получения мзды; 2) способ ее получения; 3) свойство того деяния, за которое дана или обещана взятка; 4) важность функций и 5) стоимость дара. См. ук. ст. стр. 520; также Объяс. Зап. VIII, стр. 482—488.

1) Законодатель может при этом ограничиться наименованием одних случаев тяжкими, других — более легкими, как напр. саксен-альтенбургское улож. ст. 318, 1; Obwalden, art. 62, abs. 2; Glarus, § 146, abs. 3; Zug, § 51, abs. 2; Wallis, art. 131.

2) В этом отношении справедливо замечает Garçon (art. 177, n. 143):

тельства освобождающее от ответственности и значительно смягчающее ответственность: это возврат полученного без изъяснения предварительного на то согласия подарка немедленно и во всяком случае при первой возможности (ст. 372) и объявление о полученной взятке начальству с раскаянием (ст. 373). Можно возражать против формулировки этих положений, излишне казуистичных, но отнюдь не против включения их в текст закона.

При установлении в закон достаточно широких рамок наказания и та, и другая категория обстоятельств может быть учтена судом при выборе меры ответственности в каждом отдельном случае¹⁾.

В тех же случаях, когда должностное лицо за мзду учиняет какое либо преступное деяние, имеет место реальная совокупность деяний: взяточничества и учиненного за мзду преступного деяния. Наказание в этом случае определяется по общим правилам, принятым тем или другим кодексом об ответственности за совокупность преступных деяний²⁾.

„Une bonne legislation ferait consister la corruption dans l'acceptation des offres, mais elle etablirait une excuse attenuante ou même absolutoire, au profit du fonctionnaire qui n'exécute pas cette convention illicite. Il serait de bonne politique criminelle de l'intéresser ainsi a ne point réaliser le préjudice social“.

1) Birkmeyer, S. 365.

2) Также смотрят Hälschner, II, 1043, § 305; Olshausen, § 332, n. 7; Alkalay, S. 48; Binding, Lehrbuch, II, 729, IV; Birkmeyer, 365. — Meves, H. H. B. III, S. 988, Anm. 1, 8; Goldammer, Material. T. II, S. 673 признают в этом случае идеальную совокупность. Hofmeister полагает, что в данном случае может быть и реальная, и идеальная совокупность, смотря по обстоятельствам дела. В качестве примера последней, автор приводит такой случай: тюремному надзирателю арестанты обещают за освобождение 1000 марок; тот не говоря ни слова в ответ немедленно освобождает предложившего. Здесь выпуском на свободу надзирателя выражает согласие на получение мзды; таким образом с помощью одного действия учиняется два деяния (§§ 347 и 332). Я думаю, что и в данном случае имеет место реальная совокупность: молчаливое выражение согласия на принятие взятки и освобождение арестанта.

Но возможно, что учиняемое за мзду служебное дѣйствіе, не воспроизводя состава какого либо преступнаго дѣянія, тѣмъ не менѣе является отступленіемъ отъ служебнаго долга; въ этомъ случаѣ о реальной совокупности говорить не приходится и тяжесть этого вида взяточничества, сравнительно съ тѣмъ, гдѣ за мзду учиняется дѣяніе правомѣрное, должна быть принята во вниманіе при выборѣ мѣры отвѣтственности въ рамкахъ, установленныхъ закономъ. Впрочемъ, нѣкоторые законодательства особо предусматриваютъ этотъ случай взяточничества, какъ наказуемый болѣе тяжело; таковы кромѣ нѣкоторыхъ партикулярныхъ германскихъ кодексовъ, кодексовъ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ, венгерское улож. § 467 (срав. съ § 465), бельгійское—art. 246, 2; 247, 248, 252 ¹⁾).

Наконецъ, нѣкоторые законодательства говорятъ о вредныхъ послѣдствіяхъ служебнаго дѣйствія вообще, какъ объ обстоятельстве, отягчающемъ отвѣтственность; таковы французское улож. art. 178 ²⁾, итальянское улож. art. 172, австрійское ст. 105.

Среди отдѣльных видовъ взяточничества особое мѣсто въ смыслѣ болѣе суровой отвѣтственности занимаетъ взяточничество судебное—«старѣйшій и важнѣйшій видъ взяточничества» ³⁾; цѣлый рядъ кодексовъ предусматриваютъ особо не только судебное взяточничество, но и судебное лиходеительство, какъ напр. голландскій (ст. 178 срав. со ст. 177 и ст. 364 срав. со ст. 363), итальянскій (ст. 172, 173), болгарскій (ст. 430 срав. со ст. 428, 2 и ст. 147 срав. со ст. 146), германскій

¹⁾ Hofmeister, S. 55. Birkmeyer признаетъ, что германское уложеніе допускаетъ въ этомъ случаѣ пробѣлъ, который требуетъ пополненія (стр. 336), но проектъ герман. улож. этого пробѣла не восполняетъ (Begründung, S. 620).

²⁾ Chauveau-Hélie, II, 617, n. 833; 619, n. 834; 638, n. 847; 640, n. 849; Garraud, IV, 81, 82, n. 1186; Garçon, art. 178, 2.

³⁾ Binding, LB. II, 713, II, 1.

(ст. 334, 1 срав. со ст. 331, 332; ст. 334, 2 срав. ст. 333); другіе кодексы считаютъ необходимымъ выдѣлить лишь судебное взяточничество, какъ напр. французскій (ст. 181, 182), бельгійскій (ст. 249 срав. со 246, 2), норвежскій (ст. 114 и 128). Такимъ образомъ, большинство современныхъ кодексовъ стоитъ за обособленіе судебного взяточничества въ качествѣ квалифицированнаго вида. Несомнѣнно, что судебное взяточничество является тягчайшимъ видомъ взяточничества, заслуживающимъ тѣмъ большей отвѣтственности, чѣмъ большимъ довѣріемъ и авторитетомъ пользуются въ государствѣ и обществѣ судебные органы среди другихъ лицъ должностныхъ, въ виду особаго характера возлагаемыхъ на нихъ обязанностей по охранѣ нарушенныхъ правъ. Этотъ особый характеръ исполняемыхъ обязанностей способенъ даже повліять на юридическую квалификацію дѣянія: судебное взяточничество, сопровождаемое нарушеніемъ интересовъ правосудія, является не столько квалифицированнымъ видомъ взяточничества, сколько видомъ неправосудія, осложненнымъ полученной мздой, ибо при сравненіи отвлеченнаго начала безмездности служебныхъ дѣйствій и весьма реальныхъ интересовъ правосудія предпочтеніе должно быть отдано послѣднимъ; нарушеніе этихъ интересовъ должно быть рассматриваемо, какъ центръ тяжести дѣянія и сообразно съ ними должна быть опредѣляема юридическая природа дѣянія ¹⁾). Поэтому судебное взяточничество, сопровождаемое неправосудіемъ, должно быть отнесено къ этой послѣдней группѣ должностныхъ преступленій; тамъ же, гдѣ этого сопровождающаго элемента нѣтъ, оно можетъ быть рассматриваемо, какъ тяжкій видъ взяточничества, влекущій наиболѣе высокую отвѣтствен-

¹⁾ Съ этой точки зрѣнія представляется правильнымъ отнесеніе ст.ст. 333, 366, 367, 368, 369, улож. о нак. къ главѣ о неправосудіи.

ность въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ. Тоже начало можетъ быть принято и въ отношеніи тѣхъ случаевъ взяточничества, которые сопровождались учиненіемъ со стороны должностного лица преступнаго дѣянія.

§ 8. Лиходательство. Уже при разсмотрѣніи отдѣльных элементовъ состава взяточничества приходилось касаться нѣкоторыхъ сторонъ состава и лиходательства. Поэтому, не повторяя сказаннаго, въ нижеслѣдующемъ изложеніи мы остановимся лишь на томъ, что не было затронуто и что имѣетъ отношеніе только къ лиходательству.

1) Виновникъ лиходательства.

Лиходательство является дѣяніемъ общимъ, поэтому виновникомъ лиходательства, при наличности общихъ условий вмѣняемости, можетъ быть всякій; даже въ томъ случаѣ, если лиходательство учиняется должностнымъ лицомъ, оно не перестаетъ быть дѣяніемъ общимъ¹⁾.

2) Объектъ лиходательства.

Выше, при разсмотрѣніи взаимоотношенія взяточничества и лиходательства было выяснено, какіе интересы ограждаются закономъ при объявленіи наказуемымъ дѣяніемъ лиходательства. Это государственные, общественные и частные интересы, ввѣренныя попеченію тѣхъ должностныхъ лицъ, на коихъ воздѣйствуетъ лиходатель; кругъ этихъ интересовъ и весьма обширенъ, и крайне разнообразенъ. Безъ преувеличенія можно сказать, онъ обнимаетъ всю область государственнаго управленія; поэтому имѣется полное основаніе относить лиходательство къ группѣ посягательствъ противъ порядка управленія.

Непосредственнымъ же объектомъ воздѣйствія лиходателя является то должностное лицо, которое можетъ быть, а иногда и дѣйствительно бываетъ виновникомъ

взяточничества. Лиходатель стремится воздѣйствовать на него, дабы склонить его къ дѣятельности въ опредѣленномъ направленіи, желательномъ для лиходателя, неправомѣрномъ или правомѣрномъ, въ томъ направленіи, которое, по мнѣнію лиходателя, всего успѣшнѣе приведетъ къ желательной для лиходателя цѣли; такое пониманіе лиходательства, какъ подкупа, является въ настоящее время преобладающимъ; пониманіе лиходательства, какъ оплаты услуги уже оказанной, имѣетъ мѣсто лишь въ кодексахъ: голландскомъ (ст. 177), болгарскомъ (ст. 146) и въ нашемъ новомъ законѣ о наказуемости лиходательства (ст. 272², 2). Такимъ образомъ, лиходатель преслѣдуетъ свои цѣли и интересы, достигая ихъ съ помощью и при посредствѣ должностного лица; онъ болѣе заинтересованъ въ достиженіи этихъ цѣлей, чѣмъ въ томъ пути т. е. въ тѣхъ дѣйствіяхъ, какими эти цѣли будутъ достигнуты. О свойствѣ и значеніи этихъ дѣйствій, учиняемыхъ должностнымъ лицомъ подъ вліяніемъ взятки, было сказано уже выше при разсмотрѣніи состава взяточничества.

Для установленія состава лиходательства необходимо только, чтобы между дѣятельностью лиходателя и учиняемымъ или учиненнымъ дѣйствіемъ должностного лица существовала причинная связь, чтобы первая обуславливала вторую или была ею обусловлена; только при этомъ условіи возможно говорить о наличности какъ взяточничества, такъ и лиходательства.

3) Внѣшняя сторона лиходательства.

Съ внѣшней стороны лиходательство выражается въ доставленіи, обѣщаніи или предложеніи мзды или иной выгоды за дѣйствіе, имѣющее быть совершеннымъ, или уже за оказанную должностнымъ лицомъ услугу. Доставленіе дара заключается въ передачѣ его должностному лицу; оно предполагаетъ принятіе дара. Обѣщаніе дара

¹⁾ См. Teichmüller, S. 21; Hofmeister, S. 33.

предполагаетъ доставленіе его въ будущемъ; предложеніе—выраженіе готовности доставить его немедленно. Дѣятельность лиходателя можетъ имѣть или вполне опредѣленный характеръ, недопускающій никакихъ сомнѣній относительно своего значенія, или же имѣть форму болѣе или менѣе скрытую. Тотъ или иной способъ учиненія лиходательства имѣетъ значеніе для опредѣленія момента окончанія дѣянія. Здѣсь слѣдуетъ вспомнить то, что было сказано относительно установленія момента окончанія взяточничества¹⁾. При обѣщаніи или предложеніи мзды дѣяніе можетъ быть признано оконченнымъ съ момента доведенія объ этомъ до свѣдѣнія того, кого желаютъ подкупить; принятія этихъ обѣщаній или предложеній дара для окончанія лиходательства не требуется; на такой точкѣ зрѣнія стоятъ уложенія голландское (ст. 177, 178), болгарское (ст. 146), датское (ст. 117—120), норвежское (ст. 112—114), германское (ст. 333, 334, 2). При предоставленіи дара дѣяніе можетъ считаться оконченнымъ, съ момента принятія предоставленнаго, независимо отъ того, съ какимъ намѣреніемъ приняло мзду должностное лицо, хотя бы только для того, чтобы обезпечить себѣ возможность доказательства и уличенія лиходателя. Французское и итальянское право и въ отношеніи лиходательства стоятъ на договорной точкѣ зрѣнія, требуя для окончанія лиходательства соглашенія сторонъ—*un trafic de la fonction*²⁾, хотя бы фактически и не осуществившагося (*tenté de corrompre*) (art. 179, 1). До этого момента т. е. когда дѣятельность лиходателя успѣла вылиться въ форму лишь односторонняго предложенія дара, возможно говорить только о покушеніи (art. 179, 2)³⁾.

¹⁾ См. выше стр. 529 и слѣд.

²⁾ См. Garraud, IV, 39, n. 1193.

³⁾ Garçon, art. 179, n. 33; art. 176, n. 146; Garraud, IV, 58, 3; 90, n. 1192, b. Chauveau-Hélie, 652, n. 855; справ. также бельгійское улож. (art. 252); итальянское улож. (art. 173). См. Crivellari, V, 832. Katzenstein, ук. соч. стр. 191.

Нашъ новый законъ о наказуемости лиходательства 31 янв. 1916 г., опредѣляя дѣятельность лиходателя то только какъ доставленіе подарка (ст. 272¹⁾, 272², 2), то какъ обѣщаніе, предложеніе или доставленіе его (ст. 272², 1), устанавливаетъ и различные моменты для окончанія дѣянія: въ первомъ случаѣ дѣяніе оканчивается при фактической передачѣ подарка, т. е. съ принятіемъ его взяточникомъ; во второмъ—окончаніе относится къ моменту соглашенія; дѣятельность лиходателя, предшествовавшая соглашенію, можетъ быть разсматриваема, какъ покушеніе. Эта послѣдняя система въ отношеніи къ лиходательству заслуживаетъ предпочтенія, такъ какъ при лиходательствахъ дѣло идетъ въ большинствѣ случаевъ не о нарушеніи, а только о поставленіи въ опасность извѣстныхъ правовыхъ интересовъ, и отодвигать поэтому моментъ окончанія къ болѣе раннему періоду дѣятельности лиходателя было-бы нецѣлесообразно.

Для состава лиходательства не имѣетъ значенія, были-ли учинены указанная выше дѣйствія лиходателя по отношенію къ должностному лицу, коего желали склонить къ опредѣленнымъ дѣйствіямъ, или же лиходатель воспользовался услугами посредника¹⁾. Вопросъ объ отвѣтственности этихъ посредниковъ долженъ бы разрѣшаться на основаніи общихъ условій отвѣтственности соучастниковъ. Въ новомъ законѣ 31 янв. 1916 г. посредничество предусматривается въ качествѣ особаго проступка (ст. 372⁴⁾), но лишь въ томъ случаѣ, если оно обусловливается принятіемъ подарка или полученіемъ какой либо иной имущественной выгоды. Безъ этого условія посредническая дѣятельность должна разсматриваться, какъ форма соучастія.

Между обѣщаніемъ, предложеніемъ или предоставле-

¹⁾ См. напр. art. 171 итал. улож.

ніемъ мзды, посредственно или непосредственно, и дѣйствіями должностного лица должна быть установлена причинная связь.

Въ качествѣ средствъ лиходательства указываются подарки или другія выгоды. Это послѣднее понятіе, какъ сказано выше, слѣдуетъ толковать въ болѣе узкомъ смыслѣ выгоды матеріальной, такъ какъ только такое пониманіе выгоды можетъ быть уловлено и установлено судомъ; расширеніе понятія выгоды за эти рамки едва ли будетъ полезнымъ для интересовъ правосудія; все равно оно окажется безсильнымъ ее установить или связать надлежащимъ образомъ съ дѣятельностью должностного лица.

4) Внутренняя сторона лиходательства.

Съ внутренней стороны лиходательство предполагаетъ у виновника наличность умысла; неосторожнаго лиходательства быть не можетъ. Лиходатель сознаетъ, что обѣщаемый, предлагаемый или передаваемый даръ является средствомъ для достиженія съ помощью должностного лица желательной лиходателю цѣли или вознагражденіемъ за цѣль уже достигнутую; для лиходателя важна и желательна извѣстная цѣль, а не тотъ путь, тѣ служебныя дѣйствія, которыя ведутъ къ ея достиженію, или они важны лишь по столько, по сколько они ведутъ къ достиженію указанной цѣли. Поэтому для лиходателя, какъ сказано было выше, не имѣетъ существеннаго значенія, будетъ ли дѣйствіе должностного лица правомѣрнымъ или не правомѣрнымъ. Сознаніе этого можетъ и не входить въ умыселъ, ибо лиходателю можетъ быть даже неизвѣстно, какимъ путемъ будетъ достигнута желательная ему цѣль, правомѣрно или нѣтъ¹⁾.

Такой взглядъ на содержаніе умысла лиходателя

¹⁾ Binding, LB. II, 723; Hofmeister, ук. соч. стр. 46.

вытекаетъ изъ установленнаго выше взгляда на данное дѣяніе. Если лиходатель имѣетъ въ виду склонить должностное лицо къ опредѣленному преступному дѣйствію и слѣдовательно сознаетъ, что послѣдствіемъ его дѣятельности будетъ такое-то преступное дѣяніе должностного лица, въ этомъ случаѣ онъ долженъ разсматриваться, какъ подстрекатель къ данному преступному дѣянію.

5) Наказуемость лиходательства.

Основной взглядъ на характеръ дѣянія, на нарушаемое имъ благо имѣетъ значеніе и при разрѣшеніи вопроса о наказуемости лиходательства.

Защитники тождественности объекта правонарушения при взяточничествѣ и лиходательствѣ, въ тѣхъ случаяхъ лиходательства, которые учиняются ради склоненія должностного лица къ неправомѣрному дѣянію, видятъ наличность идеальной совокупности: нарушенія принципа безмездности служебныхъ дѣйствій и подстрекательства къ неправомѣрному дѣянію¹⁾.

Напротивъ, съ точки зрѣнія сторонниковъ различія нарушаемаго блага при взяточничествѣ и лиходательствѣ, здѣсь нѣтъ идеальной совокупности, а можно говорить только о единомъ дѣяніи въ собственномъ смыслѣ этого слова. Это дѣяніе можетъ быть разсматриваемо какъ лиходательство, гдѣ дѣло идетъ о вознагражденіи за услуги уже доставленныя, или о подкупѣ къ дѣянію, хотя и неправомѣрному, но не преступному, или какъ подстрекательство къ преступному дѣянію, если дѣло идетъ о склоненіи должностного лица къ таковому и если участіе въ немъ частнаго лица возможно. Въ зависимости отъ этого и наказуемость виновнаго опредѣляется, какъ наказуемость за лиходательство или какъ наказуемость подстрекателя къ задуманному преступному дѣянію²⁾.

¹⁾ Н. Meyer, S. 653; Meves, H.H. III/2, S. 966; v. Liszt, § 179, 1; Olshausen, § 333, n. 96; Birkmeyer, ук. соч. стр. 368.

²⁾ Birkmeyer, S. 365—366; Binding, LB. II, 724.

Наказуемость лиходеательства, какъ видѣли выше, устанавливается въ размѣрахъ низшихъ или равныхъ, сравнительно со взяточничествомъ. Довольно распространеной мѣрой наказанія за лиходеательство является денежный штрафъ. Иногда онъ назначается въ качествѣ главнаго наказанія, иногда въ качествѣ дополнительнаго; такъ напр. проектъ министерства юстиціи о наказуемости лиходеательства, а равнымъ образомъ новый законъ 31 янв. 1911 г., въ виду корыстнаго характера лиходеательства, устанавливаетъ за него и денежное наказаніе въ размѣрѣ цѣны подарка или доставленной имущественной выгоды, а если стоимость ихъ не можетъ быть опредѣлена въ точности, то подвергаетъ виновнаго денежному взысканію не свыше одной тысячи рублей. Такое безусловное признаніе корыстнаго характера за лиходеательствомъ,—продуктъ впечатлѣній недавнихъ громкихъ процессовъ,—не всегда соответствуетъ дѣйствительности, въ виду чего назначеніе денежной кары не должно-бы быть обязательнымъ, а зависящимъ отъ усмотрѣнія суда, въ связи съ обстоятельствами дѣла.

Относительно границъ судебного усмотрѣнія при установленіи наказуемости лиходеательства здѣсь слѣдуетъ сказать тоже, что было сказано и относительно наказуемости взяточничества. Необходимо, чтобы рамки наказанія были настолько широки, чтобы объять все возможное разнообразіе оттѣнковъ виновности.

Обстоятельствами, вліяющими на выборъ мѣры наказанія при лиходеательствѣ, являются тѣ цѣли, которыя преслѣдовалъ виновный; отъ степени преступности и безнравственности этихъ цѣлей можетъ зависѣть размѣръ отвѣтственности. Не всегда эти цѣли бываютъ низки; бываетъ, что человѣкъ обстоятельствами толкается на лиходеательство, не видя иного пути для достиженія желаемаго, которое бываетъ не только непреступно, но даже

и не неправомѣрно. Поэтому желательно указаніе на возможность для суда особаго пониженія наказанія или даже полнаго освобожденія отъ него, какъ скоро лиходеательство было вызвано напр. стремленіемъ повліять въ благопріятномъ смыслѣ на положеніе близкаго лиходеателю лица, подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто въ уложеніяхъ испанскомъ и португальскомъ ¹⁾.

¹⁾ Саггага высказывается въ видѣ общаго правила въ пользу равной отвѣтственности взяточника и лиходеателя (§ 2562), но затѣмъ допускаетъ отсюда два исключенія: обстоятельствами, смягчающими отвѣтственность лиходеателя онъ признаетъ: 1) лиходеательство съ цѣлью склонить судью къ болѣе снисходительному приговору объ отцѣ, сынѣ или дочери, женѣ—въ уголовномъ дѣлѣ (§ 2563); 2) донесеніе лиходеателя о подкупѣ имъ судьи (§ 2564). Мы считаемъ приемлемымъ только первое изъ указанныхъ обстоятельствъ, при томъ формулированное въ болѣе общей формѣ, а никоимъ образомъ не можемъ одобрить покровительственное отношеніе къ добровольцамъ-искусителямъ судебной честности.

З а к л ю ч е н і е.

Окончивъ нашу работу, мы можемъ выставить слѣдующія общія положенія:

1. Должностныя преступленія въ своемъ развитіи прошли нѣсколько этаповъ; первоначально наблюдается отсутствіе представленія о должностныхъ преступленіяхъ какъ объ особой группѣ дѣяній, и полное смѣшеніе должностныхъ преступленій съ другими группами преступныхъ дѣяній; затѣмъ должностныя преступленія выдѣляются въ отдѣльную группу, причемъ признакомъ, обозначающимъ должностныя преступленія отъ другихъ, является особое положеніе лица виновнаго, вслѣдствіе чего и должностныя преступленія относятся къ категоріи «*delicta propria*», и наконецъ, должностныя преступленія въ собственномъ смыслѣ отдѣляются отъ дисциплинарныхъ провинностей и устанавливается болѣе или менѣе точно юридическая природа ихъ.

2. Отдѣльные виды злоупотребленій должностныхъ лицъ и, прежде всего, взяточничество были извѣстны самымъ раннимъ памятникамъ русскаго законодательства. Съ каждымъ новымъ памятникомъ число ихъ возрастало. Въ наиболѣе законченную систему должностныя преступленія были приведены въ Сводѣ законовъ, но до самаго послѣдняго времени—изданія угол. улож. 1903 г. должностныя преступленія не были отдѣлены отъ служебныхъ провинностей.

3. Должностныя преступленія и служебныя провинности, при наличности нѣкоторыхъ общихъ элементовъ, представляютъ въ тоже время черты существеннаго принципиальнаго различія: понятіе служебной провинности

исчерпывается нарушеніемъ лежащихъ на должностномъ лицѣ особыхъ обязанностей, возложенныхъ службою; составъ должностного преступленія представляется нѣсколько болѣе сложнымъ: должностное преступленіе—это злоупотребленіе служебными полномочіями, заключающееся въ посягательствѣ или на правовыя блага, доступныя для воздѣйствія лишь со стороны должностныхъ лицъ, или и на иныя правовыя блага, но учиненное съ помощью такого способа, который находится въ рукахъ только должностного лица.

4. Виновникомъ должностныхъ преступленій является всякое вмѣняемое лицо, которое, въ силу лежащихъ на немъ особыхъ публично-правовыхъ полномочій, находится къ государственнымъ, общественнымъ и частнымъ интересамъ въ такомъ положеніи, которое даетъ ему возможность причинять имъ вредъ или ставить эти интересы въ опасность. Лица, такими особыми публично-правовыми полномочіями необладающія, могутъ принимать участіе лишь въ тѣхъ должностныхъ преступленіяхъ, которыя характеризуются способомъ дѣятельности, и, наоборотъ, не могутъ участвовать въ тѣхъ должностныхъ преступленіяхъ, которыя характеризуются особыми свойствами объекта.

5. Римскому праву былъ извѣстенъ обширный и разнообразный кругъ злоупотребленій должностныхъ лицъ; были ему извѣстны и отдѣльныя дѣйствія, входящія въ составъ взяточничества и лиходеательства, но представленіе о нихъ, какъ о самостоятельныхъ дѣяніяхъ, римское право не успѣло выработать; оно подводило ихъ подъ очень широкія и очень разнообразныя по своему содержанію *сг. rerum peretundarum* и *сг. falsi* и друг., только понятіе вымогательства—*conscissio* успѣло въ эпоху имперіи выдѣлиться въ самостоятельный деликтъ. Расчлененіе этихъ обширныхъ по своему объему и разнообразныхъ по

своему содержанию преступных дѣяній—продуктъ позднѣйшаго времени, эпохи рецепціи римскаго права.

6. Каноническое право, выработавшее широкое понятіе симоніи, наряду съ этимъ содержало спеціальныя постановленія о судебномъ взяточничествѣ. Не отдѣляя взяточничества отъ лихоительства, каноническое право, однако, намѣчало различныя границы для его наказуемости: признавая наказуемымъ взяточничество, независимо отъ характера судебного приговора, его закономѣрности или незаконномѣрности, каноническое право облагало наказаніемъ лихоительство лишь при условіи намѣренія со стороны лихоителя склонить судью, вопреки требованіямъ закона, въ свою пользу или въ пользу третьяго лица.

7. *Leges barbarorum*, за исключеніемъ *l. Burgundionum*, проникнутаго романистическими началами, имѣли въ виду лишь взяточничество-подкупъ судей, осложненное неправосудіемъ; объ отвѣтственности лихоителей эти памятники умалчивали.

8. Въ обще-нѣмецкомъ правѣ взяточничество и лихоительство были объединены къ одно дѣяніе подъ общимъ наименованіемъ «*cr. corruptionis*» или «*barattariae*»; рядомъ съ нимъ стояло вымогательство, подъ понятіе котораго подходило и лихоимство; въ отличіе отъ *crim. corruptionis* оно не считалось двойнымъ преступнымъ дѣяніемъ и отвѣтственнымъ являлся одинъ вымогатель, а отнюдь не потерпѣвшее частное лицо.

9. Разрабатывая юридическую конструкцію взяточничества, лихоительства и вымогательства, уголовно-правовая доктрина XVI и XVII в.в. намѣтила главнѣйшіе элементы состава ихъ, которые легли затѣмъ въ основаніе постановленій положительнаго законодательства и прежде всего законодательныхъ памятниковъ германскаго права XVIII в.

10. Въ германскомъ партикулярномъ законодательствѣ наказуемымъ было не только взяточничество-подкупъ, ради будущихъ служебныхъ дѣйствій, но и взяточничество-вознагражденіе за услуги, уже оказанныя, независимо отъ ихъ характера. Лихоительство понималось только какъ подкупъ, ради склоненія должностнаго лица къ учиненію извѣстныхъ служебныхъ дѣйствій въ пользу лихоителя или кого либо третьяго.

11. Дѣйствующее германское уложеніе усвоило начала партикулярнаго законодательства и хотя рассматриваетъ взяточничество и лихоительство совмѣстно, но тѣмъ не менѣе признаетъ ихъ дѣяніями вполне самостоятельными.

12. Въ старо-французскомъ правѣ широкое понятіе «*concussion*» обнимало одновременно понятія взяточничества, лихоительства и вымогательства; въ современномъ французскомъ правѣ «*concussion*» обнимаетъ собою только лихоимственные сборы, взяточничество же и лихоительство выдѣлены въ особое понятіе «*corruption*», имѣющее въ виду лишь подкупъ, ради будущихъ служебныхъ дѣйствій.

13. Въ итальянскомъ правѣ взаимоотношеніе взяточничества (*corruzione*) и лихоительства конструируется, какъ форма необходимаго соучастія, хотя предѣлы наказуемости ихъ различны: лихоительство карается только какъ подкупъ, взяточничество-же какъ подкупъ и какъ вознагражденіе. Наряду со взяточничествомъ итальянскому праву извѣстно вымогательство, обнимающее какъ случаи вынужденія взятки (*concussione esplicita*), такъ и случаи лихоимственныхъ сборовъ (*concussione implicita*).

14. Въ англійскомъ правѣ содержатся угрозы наказаніемъ за взяточничество, обращенныя къ отдѣльнымъ категоріямъ должностныхъ лицъ, при чемъ взяточничество

и лиходательство разсматриваются, какъ дѣяніе единое; въ наиболѣе широкихъ размѣрахъ карается взяточничество—судебное, такъ какъ при всѣхъ остальныхъ видахъ взяточничества наказуемымъ представляется подкупъ и вознагражденіе только за неправомѣрные дѣйствія служебнаго характера; лиходательство наказуемо лишь при склоненіи къ неправомѣрнымъ дѣйствіямъ должностного лица или оплатѣ ихъ.

15. Современное уголовное законодательство обособляетъ взяточничество отъ близкаго ему лихоимства; въ понятіе взяточничества въ большинствѣ случаевъ входитъ не только принятіе добровольно даннаго дара или обѣщанія дара, но и полученіе дара потребованнаго; въ качествѣ особаго дѣянія, выдѣленнаго изъ понятія взяточничества, вымогательство предусмотрено въ кодексахъ французскомъ, бельгійскомъ, итальянскомъ, голландскомъ и португальскомъ. Предѣлы наказуемости взяточничества и лиходательства намѣчаются различно: однимъ кодексамъ извѣстно наказуемое взяточничество, какъ вознагражденіе за услуги правомѣрнаго и неправомѣрнаго характера, и какъ подкупъ—ради учиненія дѣйствій по существу правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ; другіе кодексы намѣчаютъ предѣлы наказуемаго взяточничества болѣе узко; въ болѣе узкихъ сравнительно границахъ карается и лиходательство, понимаемое въ большинствѣ случаевъ, какъ подкупъ.

16. Въ Сводѣ законовъ подъ общимъ наименованіемъ лихоимства объединялись три дѣянія: лихоимство въ собств. смыслѣ, вымогательство и взяточничество; взяточничество понималось здѣсь, какъ подкупъ, и признавалось наказуемымъ при наличности послѣдующаго «ослабленія закона»; лиходательство сливалось со взяточничествомъ въ единое дѣяніе, и лиходатель карался, какъ соучастникъ взяточника.

17. Понятіе взяточничества въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ слагается изъ трехъ дѣяній: мздоимства, лихоимства и вымогательства; включеніемъ мздоимства, неизвѣстнаго Св. зак., предѣлы наказуемаго взяточничества значительно расширились; въ конструкціи вымогательства, объединяющаго вымогательство въ соб. смыслѣ и лихоимственные сборы, замѣтно сходство съ «concessio» стараго французскаго и обще-нѣмецкаго права.

18. Уголовное улож. 1903 г. въ конструкціи взяточничества и лиходательства отступило отъ началъ дѣйствующаго законодательства, обособивъ прежде всего взяточничество отъ понятія лихоимства и съ большей точностью и опредѣленностью установивъ предѣлы наказуемаго взяточничества и лиходательства и взаимоотношеніе этихъ дѣяній.

19. Современное понятіе взяточничества сложилось въ кодексахъ XVIII и XIX в.в. изъ столкновенія двухъ теченій: одно имѣетъ своимъ источникомъ римское право, другое—право мѣстное.

20. Взяточничество—это одно изъ должностныхъ преступленій, заключающееся или въ изъявленіи согласія на принятіе подарка или иной матеріальной выгоды, или въ принятіи ихъ, или даже въ требованіи ихъ должностнымъ лицомъ за учиненіе или опущеніе (взяточничество-вознагражденіе) или ради учиненія или опущенія (взяточничество-подкупъ) какого либо дѣйствія по службѣ.

21. Лиходательство—дѣяніе, заключающееся въ обѣщаніи, предложеніи или предоставленіи должностному лицу подарка или иной матеріальной выгоды съ цѣлью склонить это должностное лицо къ желательному для интересовъ лиходателя образу дѣйствія по службѣ (лиходательство-подкупъ) или съ цѣлью заплатить должностному лицу за услуги уже оказанныя имъ лиходателю (лиходательство-вознагражденіе).

22. Взятничество и лихоительство должны быть разсматриваемы, какъ два отдѣльные дѣянiя, отличающiяся между собою не только условiями наказуемости, но и объектами.

23. Объектомъ взятничества является одно изъ самыхъ существенныхъ условiй государственной и общественной службы — начало безмездности служебныхъ дѣйствiй; объектомъ лихоительства являются разнообразные государственные, общественные и частные интересы, которые входятъ въ кругъ вѣдѣнiя тѣхъ должностныхъ лицъ, на которыхъ направляется воздѣйствiе лихоителей.

24. Съ уголовно-политической точки зрѣнiя должно быть наказуемо не только взятничество-подкупъ, но и взятничество-вознагражденiе, независимо отъ свойства служебныхъ дѣйствiй, учиненныхъ за взятку или ради взятки. Наказуемость лихоительства можетъ быть поставлена въ болѣе узкiя границы: должно быть наказуемо лихоительство-подкупъ, независимо отъ свойства служебныхъ дѣйствiй, и лихоительство-вознагражденiе за служебныя дѣйствiя неправомѣрнаго характера.

25. Взятничество, въ видѣ общаго правила, подлежитъ болѣе тяжкой наказуемости, чѣмъ лихоительство.

Замѣченные опечатки.

Стр.	Строка.	Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
80	10 сверху	въ	къ
86	21 "	съ	въ
88	4 снизу	насильствомъ,	насильствомъ
93	13 "	1)	2)
—	12 "	2)	1)
111	9 сверху	или	ими
169	12 снизу	Binding	Binding
292	10 "	reseperein	reseperein
305	2 "	покупъ	подкупъ
423	2 столб.	3) германское	исключить
—	1 снизу		дополнить 4) германское
424	2 столб.		5) германское
			6) итальянское
425	1 сверху	глава VII	глава VIII

Кромѣ того на стр. 287 слѣдуетъ дополнить ссылку: Alkalay, Active und passive Bestechung nach dem Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1889; Gonset, De la corruption des fonctionnaires publics, 1897, а на стр. 351: Teichmüller, Die Bestechung nach d. St. GB. für das deut. Reich, 1887; Hofmeister, Die Bestechung im geltenden Strafrecht und im Vorentwurf mit Berücksichtigung d. österreichischen Vorentwurfs; Birkmeyer, Bestechung въ Vergl. Darstel. B. T. B. IX.